مستمسك العروة الوثقى

تأليف

السيد محسن الطباطبائي الحكيم (قدس سره)

مؤسسة دار التفسير
قم - تلفن ٧٤١٦٣١

١٢

بسم الله الرحمن الرحیم

مستمسک العروة الوثقى

كاتب:

محسن الحكيم

نشرت فى الطباعة:

دارالتفسير

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

مستمسک العروة الوثقى المجلد ۱۲

اشارة

سرشناسه : حکیم، محسن، ۱۳۴۸ - ۱۲۶۷. شارح

عنوان و نام پدیدآور : مستمسک العروه الوثقی/ تالیف محسن الطباطبایی الحکیم

مشخصات نشر : قم: موسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ق = - ۱۳۷۴.

مشخصات ظاهری : ج ۱۴

شابک : ۹۰۰۰۰ریال(دوره۱۴جلدی)

یادداشت : این کتاب در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت : کتابنامه به‌صورت زیرنویس

عنوان دیگر : العروه الوثقی. شرح

موضوع : یزدی، محمدکاظم‌بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۷ق. العروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، محمدکاظم‌بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۷ق. العروه الوثقی. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ی۴ع۴۰۲۱۳۵ ۱۳۷۴

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۴-۶۶۸۱

[کتاب الإجارة]

اشارة

کتاب الإجارة و هی: تملیک عمل أو منفعة بعوض (۱). و یمکن أن

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ* و له الحمد، و الصلاة و السلام على رسوله الکریم و آله الطاهرین.

کتاب الإجارة

(۱) عرفها بعضهم- کالعلامة فی القواعد-: بأنها عقد ثمرته نقل المنفعة. و الاشکال علیه ظاهر، لأن العقد هو مجموع الالتزامین النفسیین، القائم أحدهما بالموجب و الآخر بالقابل، المرتبطین على نحو خاص من الارتباط، و الإجارة لیست کذلک، بل هی الأمر الملتزم به، و کذلک غیرها من مفاهیم العقود و الإیقاعات. و لأجل ذلک عدل بعضهم إلى تعریفها بما فی المتن. و یشکل: بأن الإجارة لیست تملیکاً للمنفعة، بل هی قائمة بالعین ذات المنفعة، فتقول: (آجرت الدار) و لا تقول: (آجرت منفعة الدار)، و بذلک امتازت عن أکثر العقود، کالبیع و الصلح و الرهن و الهبة و النکاح و غیرها، فان هذه المفاهیم قائمة بموضوعاتها و تقتضی التصرف فیها، بخلاف الإجارة فإنها قائمة بذی المنفعة و تقتضی التصرف فی المنفعة لا فیه، فلو بنی على حصول تملیک المنفعة فی الإجارة فلیس هو عین الإجارة بل مسبب عنها و أثر لها.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴

یقال: إن حقیقتها التسلیط علی عین للانتفاع بها بعوض (۱).

و فیه فصول:

[فصل فی أرکانها، و هی ثلاثهٔ]

اشارهٔ

فصل فی أرکانها، و هی ثلاثهٔ:

[الأول: الإیجاب و القبول]

الأول: الإیجاب و القبول، و یکفی فیهما کل لفظ دال علی المعنی المذکور. و الصریح منه: آجرتک أو أکریتک الدار- مثلا- فیقول: قبلت أو استأجرت أو استکریت. و یجری

و المناسب حینئذ أن یقال: إنها جعل العین موضوعاً للأجر، بنحو یقتضی تملیک المنفعهٔ، لا أنها عین تملیک المنفعهٔ. و یشکل هذا التعریف أیضاً: بأن الإجارهٔ قد لاـ تقتضی تملیک المنفعهٔ، کما فی استیجار ولی الزکاهٔ أو ولی الوقف داراً، لأن یحرز فیها الغلهٔ المأخوذهٔ من الزکاهٔ أو من نماء الوقف، فإن منفعهٔ الدار فی الفرض لیست مملوکهٔ لمالک، و إنما هی صدقهٔ یتعین صرفها فی مصرف الزکاهٔ أو مصرف الوقف.

و کأنه لذلک عدل فی القواعد عن جعل ثمرهٔ العقد التملیک، الی جعلها نقل المنفعهٔ. لکن عرفت الاشکال فیه أیضاً.

(۱) السلطنهٔ من الأحکام المترتبهٔ علی الأموال و الحقوق التی هی موضوع عقد الإجارهٔ و لیست هی نفس حقیقتها. مع أن ما ذکر لا ینعکس فی الإجارهٔ علی عمل إذا کان الأجیر حراً، و لا یطرد فی الاذن بالتصرف بشرط العوض، ضرورهٔ أنه لیس من الإجارهٔ و لا تشترط فیه شرائطها.

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۵

فیها المعاطاهٔ کسائر العقود (۱). و یجوز أن یکون الإیجاب بالقول و القبول بالفعل، و لا یصح أن یقول فی الإیجاب:

بعتک الدار- مثلًا- و إن قصد الإجارهٔ (۲)، نعم لو قال:

بعتک منفعهٔ الدار أو سکنی الدار- مثلا- بکذا لا یبعد

---

(۱) کما صرح به غیر واحد، بل قیل: لم یعرف متأمل فی ذلک.

و یقتضیه عموم أدلتها، لعدم الفرق فیها بین البیع و الإجارهٔ و غیرهما.

نعم خص ذلک بعض الأعاظم (ره) فی منافع الأموال لا مطلقاً، کما فی الإجارهٔ علی عمل إذا کان الأجیر حراً، فإنه لا تعاطی من قبله. اللهم إلاـ أن یکون نفس إیجاد العمل- کبناء الجدار- إعطاء منه، مع أنه مبنی علی اعتبار التعاطی من الطرفین، فلو اکتفی فی حصول المعاطاهٔ بالإعطاء من طرف و الأخذ من الآخر أمکن جریانها مطلقاً، إذا کانت الأجرهٔ عیناً.

(۲) هذا مبنی علی عدم جواز إنشاء مضامین العقود بالمجازات المستنکرهٔ کما فی الجواهر، و دلیله غیر ظاهر. نعم صرح به فی الشرائع و غیرها، و عن التذکرهٔ نسبته إلی علمائنا. فإن تمَّ إجماعاً کان هو الحجهٔ و إلا فإطلاق عمومات الصحهٔ تنفیه. و دعوی انصرافها عن مثله، ممنوعهٔ کدعوی العلم الإجمالی بتقید العمومات ببعض الخصوصیات فی العقد، فیسقط الإطلاق عن المرجعیهٔ. فإنها مدفوعهٔ

بلزوم الاقتصار فی الخروج عن الإطلاق علی القدر المتیقن، فیتعین الرجوع فی غیره إلی الإطلاق:

اللهم إلا أن یقال: إذا کان المجاز مستنکراً عند العرف لا یکون آلة لإنشاء العنوان الخاص، و لا یکون منشأ لاعتباره عندهم، فلا مجال للرجوع إلی الإطلاق، لأنه منزل علی ما عند العرف، فلاحظ.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶

صحته إذا قصد الإجارة (۱).

[الثانی: المتعاقدان]

الثانی: المتعاقدان، و یشترط فیهما: البلوغ (۲)، و العقل (۳) و الاختیار (۴)،

---

(۱) ذکر بعض الأعاظم فی حاشیة المتن ما نصه: «صحة هذا و أشباهه مبنی علی جواز التجوز فی صیغ العقود، و صحة إنشاء کل واحد منهـا بلفـظ الآـخر و هو فی غایـة الإشـکال، بـل لاـ یبعـد بطلاـنه» و حکی عنه فی توجیهه: أن اللفـظ إنما یکون آلـة عرفاً لإنشاء معناه الحقیقی، و لا یکون آلة لإنشاء معنی مجازی. و لکن إشکاله ظاهر، فإن إنکار صدق العنوان الإنشائی إذا أنشیء بنحو المجاز، کإنکار صدق الخبر إذا حکی بنحو المجاز، و الفرق ممنوع.

(۲) لا إشکال فی ذلک و لا خلاف، و یشهد له بعض النصوص

«۱» لکن المتیقن من دلالته عدم صـحة عقد الصبی علی وجه الاستقلال، لا عدم الصحة و إن أذن له الولی، و لأجل أن المسألة محررة فی کتب القوم علی التفصیل، و قد تعرضنا لها فی (نهج الفقاهة) علی الاجمال، أهملنا ذکرها هنا اعتماداً علی ذلک.

(۳) اعتبار العقل فی مقابل الجنون المانع من تحقق القصد واضح.

لعـدم تحقق العقد، لتقومه بالقصد، و المفروض انتفاؤه. أما الجنون غیر المانع من تحقق القصد: فالکلام فیه ینبغی أن یکون هو الکلام فی الصبی فإنه محجور علیه، کما یظهر من ملاحظة کلماتهم فی کتاب الحجر. و عدم صحة عقده بإذن الولی غیر ظاهر من الأدلة.

(۴) اعتباره مما لا إشکال فیه عندنا. و تفصیل الکلام فیه و فی فروعه مذکور فی کتابنا (نهج الفقاهة) فلیراجع.

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب المقدمات حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷

و عدم الحجر لفلس أو سفه أو رقیة (۱).

[الثالث: العوضان]

اشارة

الثالث: العوضان، و یشترط فیهما أمور:

الأول: المعلومیة، و هی فی کل شیء بحسبه، بحیث لا یکون هناک غرر (۲)،

---

(۱) الکلام فی ذلک موکول الی کتاب الحجر.

(۲) کما هو المشهور. و استدل له بما ورد من نهی النبی (ص) عن الغرر

«١»، و

بالنبوی: «من استأجر أجیراً فلیعلمه أجره» «٢».

و فیه: أن الأول غیر ثابت بل لعله ثابت العدم. و الوارد إنما هو:

«نهی النبی صلی اللّه علیه و آله عن بیع الغرر»

«٣»، و هو مختص بالبیع. و النبوی لو تمَّ حجة فلا یدل علی ذلک، بل یکفی فی العلم المشاهدة. و لذا اختار فی الشرائع الاکتفاء بها، و حکی ذلک عن الشیخ و المرتضی و جماعة من المتأخرین. و یعضده: ما ورد فی قبالة الأرض بخراجها قل أو کثر

«۴»، و فی بعضها جواز إجارتها بالنصف و الثلث أو أقل من ذلک أو أکثر

«۵»، و ما

فی الخبر: «عن أرض یرید رجل أن یتقبلها، فأی وجوه القبالة أحل؟. قال (ع): یتقبل الأرض من

---

(١) راجع التذکرة مسألة: ٢ من الرکن الثالث من الفصل الثانی من کتاب الإجارة.

(٢) مستدرک الوسائل باب: ٣ من أبواب الإجارة حدیث: ١ و یوجد ما یقرب منه فی الوسائل باب: ٣ من أبواب الإجارة حدیث: ٣.

(٣) الوسائل باب: ۴٠ من أبواب آداب التجارة حدیث: ٣. کنز العمال الجزء: ٢ صفحة ٢٢٩ حدیث: ۴٩٢٠، ۴٩٢٣. صحیح الترمذی الجزء: ۵ صفحة ٢٣٧. الموطأ الجزء: ٢ صفحة: ٧۵.

(۴) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حدیث: ٢.

(۵) الوسائل باب: ٢١ من أبواب الإجارة حدیث: ۵.

فلو آجره داراً أو حماراً من غیر مشاهدة و لا وصف رافع للجهالة بطل. و کذا لو جعل العوض شیئاً مجهولا.

الثانی: أن یکونا مقدوری التسلیم (١)، فلا تصح إجارة العبد الآبق. و فی کفایة ضم الضمیمة هنا- کما فی البیع- إشکال (٢).

أربابها بشیء معلوم الی سنین مسماة، فیعمر و یؤدی الخراج، فان کان فیها علوج فلا یدخل العلوج فی قبالته، فان ذلک لا یحل» «١» الظاهر أن المراد بالمعلوم مقابل المجهول المطلق، لا ما هو مراد المشهور.

(١) هذا واضح لو کان المراد تعذر التسلیم، لعدم المالیة فی المنفعة حینئذ لتصح المعاوضة علیها، و لا یکون أکل الأجرة أکلا بالباطل. أما مع رجاء حصوله فمشکل. و قد عرفت اختصاص النهی عن الغرر بالبیع، مع إمکان المناقشة فی صدقه بمجرد ذلک، لاحتمال اختصاصه بالجهل بأحد العوضین لا مجرد الخطر، و لا مجرد الجهل و لو بالحصول. لکن الظاهر العموم، و إن حکی الأول عن الشهید الأول فی شرح الإرشاد، لکن حکی عنه فی قواعده الاختصاص بالجهل بالحصول، کما أشرنا الی ذلک فی (نهج الفقاهة) فراجع، فلا یجری الحدیث إلا فی ذلک. لکن الإشکال فی عموم الحدیث للإجارة، فکأن المستند فیه الإجماع المدعی علی اشتراط ذلک، لا غیره.

(٢) عن جماعة: الصحة، منهم الأردبیلی، و عن آخرین: المنع، منهم العلامة و الشهید. و عن آخرین: التردد. و استدل للأول: بأن الإجارة تتحمل من الغرر ما لا یتحمله البیع. و فیه: أن هذا المقدار لا یوجب القطع بالصحة.

---

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب المزارعة حدیث: ۵.

الثالث: أن يكونا مملوكين (۱)، فلا تصح إجارة مال الغير، و لا الإجارة بمال الغير الا مع الإجازة من المالك.

الرابع: أن تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح إجارة الخبز للأكل مثلا، و لا الحطب للإشعال، و هكذا.

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة (۲)، فلا تصح

نعم يمكن الاستدلال بذيل موثق سماعة «۱»، الدال على جواز البيع مع الضميمة، حيث علل ذلك

بقوله عليه السلام: «فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه».

و فيه أيضاً: أنه لا- يظهر منه أنه تعليل للجواز، بل من المحتمل أن يكون بياناً لحكم تعذر الآبق، و أنه لا يرجع المشترى الى البائع بما قابله من الثمن، بل تكون معاوضة قهرية بين تمام الثمن و بين الضميمة- كما هو أحد الوجوه المحتملة فى الرواية- أو غير ذلك من الوجوه، لا أنه تعليل للجواز. نعم إذا كان المستند فى المنع الإجماع، فلا بأس بالقول بالصحة مع الضميمة، لعدم الإجماع على المنع فيها.

(۱) لأن الصحة بدون الملك و دون إذن المالك خلاف قاعدة السلطنة.

و سيأتى منه التعرض للاجتزاء بإذن المالك أو إجازته.

(۲) و فى حاشية بعض الأعاظم: «إن اشتراط مملوكية المنفعة يغنى عن هذا الشرط، فإن المنفعة المحرمة غير مملوكة»، لأن إضافة الملك بحسب اعتبار العقلاء إنما تكون فيما ترجع مصلحته الى المالك، و يكون من كماله، و لا يصح اعتبارها فيما يكون مفسدة و مضرة على المالك، فيصح

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب عقد البيع و شرون، حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۱۰

إجارة المساكن لإحراز المحرمات، أو الدكاكين لبيعها، أو الدواب لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر، و نحو ذلك. و تحرم الأجرة عليها.

السادس: أن تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها (۱)، فلا تصح إجارة أرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها، مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء، أو عدم كفايته.

السابع: أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة (۲) فلا تصح إجارة الحائض لكنس المسجد (۳) مثلا.

[(مسألة ۱): لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها]

(مسألة ۱): لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلا مع الإجازة اللاحقة، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها، بل تجديد العقد إذا رضيا. نعم تصح مع

أن تقول: يملك زيد أن يأخذ درهما من عمرو، و لا يصح أن تقول:

يملك زيد أن يأخذ منه عمرو درهما. و المحرمات لما كانت بنظر الشارع مفسدة، لا يصح اعتبارها مملوكة عنده.

(۱) لأنه مع عدمه يكون أخذ الأجرة أكلا للمال بالباطل، و لا تصح معه المعاوضة المأخوذة فى حاق الإجارة.

(۲) لأن تعذر المنفعة شرعاً بمنزلة تعذرها عقلا، فيرجع الشرط المذكور إلى الذى قبله.

(۳) فى بعض الحواشى: «إن هذا المثال قد خرج باشتراط مملوكية المنفعة و إباحتها» و فيه: أن كنس الحائض للمسجد حلال، و إنما

الحرام المکث الموقوف علیه الکنس.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱

الاضطرار، کما إذا طلب منه ظالم مالا فاضطر إلی إجارة دار سکناه لذلک، فإنها تصح حینئذ (۱). کما انه إذا اضطر إلی بیعها صح.

[(مسألة ۲) لا تصح إجارة المفلس - بعد الحجر علیه داره أو عقاره]

(مسألة ۲) لا تصح إجارة المفلس- بعد الحجر علیه- داره أو عقاره. نعم تصح إجارته نفسه لعمل أو خدمة (۲) و أما السفیه: فهل هو کذلک- أی تصح إجارة نفسه للاکتساب مع کونه محجوراً عن إجارة داره مثلا- أو لا؟ وجهان:

من کونه من التصرف المالی و هو محجور (۳)، و من أنه لیس تصرفاً فی ماله الموجود (۴) بل هو تحصیل للمال، و لا تعد منافعه من أمواله (۵).

---

(۱) إما لاختصاص دلیل مانعیة الإکراه بما إذا کان الإکراه علی خصوص العقد أو الإیقاع، فلا یشمل صورة ما إذا کان الإکراه علی الغایة. و إما لأن دلیل مانعیة الإکراه لما کان امتنانیاً لم یشمل المقام، لأن شموله له خلاف الامتنان، إذ یلزم منه الوقوع فی الضرورة.

(۲) لأنه لیس تصرفاً فی ماله الموجود، بل هو تصرف فی نفسه.

و منافعه لیست موضوعاً لحق الغرماء کی یمنع عن التصرف فیها، فإجارة نفسه للاحتطاب و الاصطیاد و نحوهما مما لا یمنع المفلس عنه.

(۳) لأنه معقد الإجماع علی عدم نفوذ تصرف السفیه.

(۴) کما هو مورد الأدلة اللفظیة المانعة من نفوذ تصرفه من الکتاب و السنة.

(۵) لأن منافع الحر و إن کانت أموالا، و یصح بذل المال بإزائها، لکنها لیست مملوکة له، لأن الملکیة تتوقف علی الاثنینیة، و لا اثنینیة بینه و بین نفسه، فاذا لم یملک نفسه لم یملک منافعه، لأنها تابعة للعین،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۲

خصوصاً إذا لم یکن کسوباً. و من هنا یظهر النظر فیما ذکره بعضهم من حجر السفیهة من تزویج نفسها، بدعوی: أن منفعة البضع مال (۱)، فإنه أیضاً محل إشکال.

إذ لا وجود لها خارجی، و إنما منشأ اعتبارها العین، فاذا لم تکن مملوکة لنفسه لم تکن المنافع مملوکة، و لذا لا تکون من أمواله. مع أنه لو سلم أنها مملوکة و من أموال السفیه فلیست داخلة فی عموم الولایة علیه، لاختصاصه بغیرها. نعم لا تبعد استفادة حکمها من دلیل الولایة فی الأموال الموجودة، لأنها کلها أموال. و المستفاد من دلیل الولایة أن العلة فیها الاحتفاظ بمصلحة السفیه من حیث المال، و لا فرق بین الموردین. و هذا هو الذی یقتضیه مذاق العرف و الشرع. مضافاً إلی روایة عبد اللّٰه بن سنان الآتیة

. (۱) قال فی الجواهر- فی مبحث السفیه-: «و الظاهر دخول تزویجها نفسها فی التصرفات المالیة، من جهة مقابلة البضع بالمال، فلا یجوز بدون إذن الولی». و قد یظهر من المفاتیح: عدم الخلاف فی ثبوت الولایة علی السفیه و السفیهة فی النکاح. و لکنه- کما تری- غیر ظاهر، لعدم کون البضع مالا و لا مقابلا بالمال.

أقول: إن کان المراد: أن الصداق لیس فی مقابل المنفعة المخصوصة، و إلا لم یستحق المهر بالموت، أو الطلاق قبل الدخول مع أن الاستحقاق ضروری، فهو فی محله. و إن کان المقصود: أن المهر لیس فی مقابل المنفعة أصلا فهو غیر ظاهر. لأن المهر فی مقابل الزوجیة، و هی أیضاً نوع من المنفعة. و لا ینافی ذلک صحة العقد بلا مهر، لجواز أن یکون من قبیل العاریة أو الهبة المجانیة.

نعم الزوجیة لیست ملحوظة عوضاً عن المهر، بل لوحظت عنواناً
مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳

[(مسألة ۳): لا یجوز للعبد أن یؤجر نفسه أو ماله]

(مسألة ۳): لا یجوز للعبد أن یؤجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلا بإذنه أو إجازته.

[(مسألة ۴): لا بد من تعیین العین المستأجرة]

(مسألة ۴): لا بد من تعیین العین المستأجرة، فلو آجره أحد هذین العبدین أو إحدی هاتین الدارین لم یصح (۱)

لموضوع المهر. فالمهر من قبیل الهبة للزوجة، لوحظ فیه الزوجیة قیداً، فالمقام لیس من باب المعاوضة، إذ لم یدخل فی ملک الزوج شیء، لأنه لم یملک الزوجیة و لا البضع، و لا الانتفاع به، و لا شیئاً آخر لیکون عوضاً عن مهره.
و علی هذا فالمقام لیس من قبیل المعاملة علی منافع السفیه، بل هو نحو آخر. و إجراء الحکم السابق فیه لا یخلو من وجه، لأنه هو الذی یقتضیه مذاق العرف و الشرع أیضاً. مضافاً إلی ما یستفاد من
روایة عبد اللّه بن سنان: «إذا بلغ و نبت علیه الشعر جاز أمره، إلا أن یکون سفیهاً أو ضعیفاً» [۱]
، فإن إطلاقه یقتضی منع السفیه حتی من النکاح، لأنه من أمره.
(۱) هذا إذا کان علی وجه التردید، لأن المردد لا وجود له فی الخارج، فلا تصح إجارته. أما إذا کان علی وجه الکلی فی المعین، فلا بأس بإجارته کما لا بأس ببیعه. کما أنه إذا کان أحد العبدین معیناً فی نفسه، مردداً عندهما أو عند أحدهما- مثل الأکبر أو الأصغر- فالبناء علی البطلان فیه مبنی علی مانعیة الجهل، و إلا فلا مانع عنه عقلًا و لا عرفاً، و الأدلة المطلقة تقتضی الصحة. و أدلة نفی الغرر قد عرفت

---

[۱] هذا المضمون مروی بتعبیرات مختلفة و أقرب الکل الیه ما رواه فی الوسائل فی باب: ۲ من احکام الحجر حدیث: ۵ الا أنه نقله من الخصال من ابی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان لکن الموجود فی الخصال الجزء ۲ صفحة ۸۹ روایته عن بیاع اللؤلؤ عن عبد اللّه بن سنان.
فلاحظ.
مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴
و لا بد أیضاً من تعیین نوع المنفعة إذا کانت للعین منافع متعددة (۱). نعم تصح إجارتها بجمیع منافعها مع التعدد (۲) فیکون المستأجر مخیراً بینها.

[(مسألة ۵): معلومیة المنفعة]

(مسألة ۵): معلومیة المنفعة (۳): إما بتقدیر المدة، کسکنی الدار شهراً، و الخیاطة یوماً، أو منفعة رکوب الدابة إلی زمان کذا. و إما بتقدیر العمل (۴) کخیاطة الثوب المعلوم طوله و عرضه و رقته و غلظته، فارسیة أو رومیة، من غیر تعرض للزمان. نعم یلزم تعیین الزمان الواقع فیه هذا العمل کأن یقول: إلی یوم الجمعة مثلا. و إن أطلق اقتضی التعجیل علی الوجه العرفی (۵). و فی مثل استئجار الفحل

للضراب

الاشكال فيها. مع أنه قد لا يكون غرر، كما إذا كان العبدان لا يختلفان بالصفات التى تختلف بها الرغبات أو المالية. فالعمدة فى وجه البطلان ظهور التسالم عليه.

(١) الكلام فيه كالكلام فى تعيين العين المستأجرة

(٢) يأتى الكلام فى جواز ذلك، فى مبحث حكم الأجير الخاص، إذ المنافع المتضادة يمتنع أن تكون مملوكة، إذ القدرة عليها بدلية و الملكية تابعة لها، فلا تكون الملكية عرضية.

(٣) «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل حكى عن المخالفين- الذين اكتفوا بالمشاهدة فى البيع-: أنهم وافقوا هنا على اشتراط العلم بقدر المنفعة»، كذا فى الجواهر. و العمدة فيه الإجماع المذكور، لا الغرر لما عرفت.

(۴) كما نص عليه الجماعة، لارتفاع الجهالة بذلك.

(۵) و حينئذ لا حاجة الى ذكر المدة، لارتفاع الغرر بذلك. نعم

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١۵

يعين بالمرة و المرتين (١). و لو قدَّر المدة و العمل على وجه التطبيق (٢)، فان علم سعة الزمان له صح، و إن علم عدمها بطل، و إن احتمل الأمران ففيه قولان.

إذا كان الإطلاق لا يقتضى التعجيل، لقيام القرينة على عدمه، لزم ذكر المدة بالمعنى المذكور.

(١) هذا فى غير ضراب الماشية، فإنه يقدر بالزمان.

(٢) التقدير بالمدة مع العمل يكون: تارة: على نحو الظرفية، مثل: أن يخيط هذا الثوب فى هذا اليوم. و أخرى: على نحو التطبيق و على الثانى: تارة: يكون التطبيق ملحوظاً عنواناً لموضوع الإجارة، و أخرى: يكون شرطاً. فان علمت القدرة، فلا إشكال فى الصحة فى الجميع. و إن علم عدمها، فلا إشكال فى الفساد فى الجميع. و مع الاحتمال اختار فى الجواهر الصحة فى الجميع، لأن القدر المعلوم خروجه عن عموم الصحة صورة العلم بالعجز، فلا يشمل صورة احتماله. و نزَّل القول بالبطلان فى فرض التقدير على نحو التطبيق على صورة غلبة عدم حصوله. و استوضح البطلان حينئذ، إلا مع اعتبار التطبيق على نحو الشرطية لا العنوانية. فإن احتمال الإمكان حينئذ كاف فى الصحة، فلو لم يتفق كان له خيار تخلف الشرط.

و التحقيق: ابتناء الصحة و البطلان- فى جميع الصور- على عموم النهى عن الغرر للإجارة و عدمه. فعلى الأول: لا يصح مع الجهل، إلا أن تجرى العادة بحصوله. و على الثانى: يصح، إلا أن تجرى العادة بعدم حصوله، بحيث يكون ملحقاً بالمتعذر الذى تكون المعاملة عليه سفهاً. و قد تقدم فى الشرط الثانى الإشكال فى الأول، فراجع. و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره فى الجواهر مع أنه لا يخلو فى نفسه من

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١۶

[(مسألة ۶): إذا استأجر دابة للحمل عليها]

(مسألة ۶): إذا استأجر دابة للحمل عليها، لا بد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه، و بحسب الوزن و لو بالمشاهدة و التخمين إن ارتفع به الغرر. و كذا بالنسبة إلى الركوب لا بد من مشاهدة الراكب أو وصفه، كما لا بد من مشاهدة الدابة أو وصفها، حتى الذكورية و الأنوثية إن اختلفت الأغراض بحسبهما. و الحاصل:

أنه یعتبر تعیین الحمل و المحمول علیه، و الراکب و المرکوب علیه، من کل جهة یختلف غرض العقلاء باختلافها.

[(مسألة ۷): إذا استأجر الدابة لحرث جریب معلوم]

(مسألة ۷): إذا استأجر الدابة لحرث جریب معلوم، فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه یرتفع الغرر.

[(مسألة ۸): إذا استأجر دابة للسفر مسافة]

(مسألة ۸): إذا استأجر دابة للسفر مسافة، لا بد من بیان زمان السیر من لیل أو نهار (۱)، إلا إذا کان هناک عادة متبعة.

[(مسألة ۹): إذا کانت الأجرة مما یکال أو یوزن]

(مسألة ۹): إذا کانت الأجرة مما یکال أو یوزن، لا بد من تعیین کیلها أو وزنها، و لا تکفی المشاهدة (۲). و إن

تدافع یظهر بالتأمل فیما ذکر و ذکرناه.

ثمَّ إن المراد من قولنا بالصحة على الثانی: الصحة التقدیریة، بمعنى الصحة على تقدیر التمکن، إذ على تقدیر عدمه یمتنع البناء على الصحة، لعدم المنفعة.

(۱) لاختلاف الأغراض فی ذلک غالباً.

(۲) تقدم الکلام فیه فی الشرط الأول.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۷

کانت مما یعد، لا بد من تعیین عددها. و تکفی المشاهدة فیما یکون اعتباره بها.

[(مسألة ۱۰): ما کان معلومیته بتقدیر المدة]

(مسألة ۱۰): ما کان معلومیته بتقدیر المدة، لا بد من تعیینها شهراً أو سنة أو نحو ذلک. و لو قال: آجرتک إلى شهر أو شهرین، بطل. و لو قال: آجرتک کل شهر بدرهم مثلا، ففی صحته مطلقاً (۱)، أو بطلانه مطلقاً (۲)، أو صحته فی شهر و بطلانه فی الزیادة (۳)، فإن سکن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزیادة، أو الفرق بین التعبیر المذکور و بین أن یقول: آجرتک شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه بالبطلان فی الأول و الصحة فی شهر فی الثانی (۴)، أقوال. أقواها

---

(۱) حکی عن الشیخ و ابن زهرة و ابن الجنید.

(۲) کما حکی عن جماعة، و فی الجواهر: «لعله المشهور بین المتأخرین».

(۳) اختاره فی الشرائع، و نسب إلى المقنعة و النهایة.

(۴) هذا القول ذکره فی القواعد، و الظاهر منه صورة ما إذا کان المقصود منه الإجارة فی الشهر الأول. و قوله: (فان زدت فبحسابه) من قبیل الشرط. و حینئذ فالبناء على البطلان فی الجمیع مبنی على فساد الشرط و إفساده العقد، و کلاهما فی المقام محل إشکال أو منع، إذ التحقیق: أن الشرط الفاسد غیر مفسد، و أن الغرر فی الشرط الواقع فی عقد الإجارة غیر ظاهر فی اقتضائه البطلان فی نفسه، کما عرفت.

و من ذلک یظهر ضعف ما عن الإیضاح و جامع المقاصد من القول بالبطلان لما ذکر.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۸

الثانی، و ذلک لعدم تعیین المدة الموجب لجهالة الأجرة. بل جهالة المنفعة أیضاً، من غیر فرق بین أن یعین المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعیین المبدأ یلزم جهالة أخرى، إلا أن یقال: إنه حینئذ ینصرف الى المتصل بالعقد. هذا إذا کان بعنوان الإجارة، و أما إذا کان بعنوان الجعالة فلا مانع منه (۱) لأنه یغتفر فیها مثل هذه الجهالة. و کذا إذا کان (۲) بعنوان الإباحة بالعوض (۳).

---

(۱) کما صرح به فی الجواهر، لکن أشکل علیه فی بعض الحواشی على المتن: بأن البذل للجعل فی الجعالة فی مقابل العمل فالباذل غیر العامل و هنا لیس کذلک.

(۲) کما صرح به فی الجواهر.

(۳) یعنی: على تقدیر الاستیفاء. ثمَّ إن فی بعض الحواشی:

«أن الإباحة بالعوض تتوقف على عقد معاوضة صحیحة، و إلا کان ما أباحه المالک بعوضه مضموناً بالمثل أو القیمة، دون المسمى».

و فیه:

أنه لا مانع من الالتزام بأن الإباحة بالعوض الخاص معاملة خاصة فی قبال غیرها من عقود المعاوضات، نظیر التملیک بالعوض کالهبة المعوضة و القرض، فتقتضی حینئذ ملک المسمى، بلا حاجة إلی معاوضة أخرى صحیحة. و دعوى: أنها خارجة عن المعاوضات المتعارفة- لو تمت- غیر قادحة، کدعوى أنها من الغرر، إذ هی ممنوعة، و کذا دعوى أنها لا تتعلق بالکلی بل بالعین الخارجیة، إذ فیها: أنها لا تقدح إذا کان المباح منفعة الدار، أو کانت الأجرة عیناً خارجیة. نعم لو کان المقصود بإباحة الأجرة التی فی الذمة أن تکون المنفعة هی العوض، کان الإشکال

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹

[(مسألة ۱۱): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسیاً]

(مسألة ۱۱): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسیاً أی: بدرز- فلک درهم، و إن خطته رومیاً- أی: بدرزین- فلک درهمان، فان کان بعنوان الإجارة بطل، لما مرّ من الجهالة (۱)، و إن کان بعنوان الجعالة- کما هو ظاهر العبارة-

---

فی محله. مع إمکان دفعه بأنه لا- مانع من تعلق الإباحة بالکلی، و یکون المقصود أنه یبیع الأجرة بعوض فیه المنفعة، و دلیل الصحة شامل للقسمین جمیعاً.

(۱) کما فی السرائر و جامع المقاصد و المسالک و غیرها. و عن المبسوط و الخلاف و جملة من کتب العلامة و غیره: الصحة. و اختاره فی الشرائع لعمومات الصحة. و اشتراط العلم بالمنفعة- على نحو یمنع من مثل هذا التردید- غیر معلوم، بل دعوى الإجماع علیه تقتضی عدم الشمول لمثل المقام، لمخالفة الأعیان فی البطلان. و أدلة نفی الغرر

«۱» قد عرفت الإشکال فی شمولها للمقام، بل لو کان الغرر بمعنى الخطر فشموله له ممنوع، لعدم الخطر. و قد استدل أیضاً بصحیحة محمد الحلبی

المشار إلیها فی المسألة الآتیة، لکن یأتی بیان المراد منها.

نعم یمکن الاشکال على الصحة: بأن الإجارة بعد ما لم تکن على کل منهما لتضادهما، و لا- على أحدهما المعین لأنه خلاف المفروض، فلا- بد أن تکون على أحدهما المردد. و المردد لا- یقبل أن یکون موضوعاً للملکیة و لا لنظائرها من الوضعیات، إذ لا

خارجیة له مصححة لذلک. لکن قد یدفع ذلک: أن هذا الاشکال یتم فی المردد واقعاً، و لیس منه المقام فإن الخیاطة فارسیة أو رومیة لها تعین فی الواقع بفعل العامل الخارجی.

و یشکل: بأن مذا المتعین لیس موضوعاً للملکیة فی الإجارة، و إلا کانت

---

(۱) تقدمت الإشارة إلیها فی صفحة: ۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۰

صح. و کذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلانی فی هذا الیوم فلک درهمان و إن عملته فی الغد فلک درهم. و القول بالصحة إجارة فی الفرضین ضعیف. و أضعف منه القول بالفرق بینهما بالصحة فی الثانی، دون الأول (۱). و علی ما ذکرناه من البطلان: فعلی تقدیر العمل یستحق أجرة المثل و کذا فی المسألة السابقة إذا سکن الدار شهراً أو أقل أو أکثر.

[(مسألة ۱۲): إذا استأجره أو دابته لیحمله أو یحمل متاعه إلی مکان معین]

(مسألة ۱۲): إذا استأجره أو دابته لیحمله أو یحمل متاعه إلی مکان معین، فی وقت معین، بأجرة معینة، کأن استأجر منه دابة لإیصاله إلی کربلاء قبل لیلة النصف من شعبان، و لم یوصله، فان کان ذلک لعدم سعة الوقت و عدم

الإجارة منوطة به، فاذا لم یفعل الأجیر أحد الأمرین فالإجارة باطلة من أصلها لعدم الموضوع، و هو- کما تری- خلاف الضرورة العرفیة، فإن الإجارة ثابتة، و هی التی تدعو الی العمل، فلاحظ.

(۱) هذا القول لم أقف علی قائله، بل المعروف فی کلماتهم اتحاد المسألتین قولًا و قائلًا و دلیلًا، و من تأمل فی إحداهما تأمل فی الأخری.

نعم عن المبسوط و التحریر و الکفایة: التأمل فی الثانی مع الجزم بالصحة فی الأول. و فی جامع المقاصد- بعد أن جزم بالصحة فی الأول- قال فی الثانی: «و فیه تردد .. ثمَّ قال: أظهره الجواز»، و هو یدل علی أن الصحة فی الأول أوضح منها فی الثانی. نعم لعل منشأ القول المحکی فی المتن: أن الثانی أقرب إلی مورد النصوص، التی یمکن أن یستدل بها علی الصحة. لکنه یقتضی أن تکون الصحة فی الثانی أظهر لا التفصیل المذکور.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱

إمکان الإیصال، فالإجارة باطلة (۱)، و إن کان الزمان واسعاً و مع هذا قصر و لم یوصله، فان کان ذلک علی وجه العنوانیة (۲)

---

(۱) هذا الفرض یمکن فیه مجیء الوجهین الآتیین فی الفرض الآتی بناء علی ذلک.

(۲) الأمور التی تذکر زائدة علی موضوع الإجارة:

تارة: لا یمکن أن تستقل بالجعل و الإنشاء، کزمان العمل و مکانه و آلته و نحو ذلک من متعلقاته، فهذه هی التی یتعین کونها ملحوظة علی نحو التقیید. مثلًا: إذا استأجره علی خیاطة ثوب، فالخیط و المخیط و الزمان و المکان و الفاعل- أعنی: الخیاط- و الثوب و نحوها إذا ذکرت فی ضمن العقد یتعین کونها قیوداً للعمل، و لا یمکن أخذها شرطاً مجعولًا بجعل زائد علی جعل الخیاطة.

و أخری: یمکن أن تستقل بالجعل، کما لو کانت عملًا آخر، فهذه تارة: تلحظ قیداً، و أخری: تجعل بجعل زائد علی مفاد الإجارة فی ضمنه. مثلًا: إذا استأجره علی الخیاطة فتارة: یلحظ قراءة القرآن قیداً للخیاطة، فیقول: استأجرتک علی خیاطة الثوب قارئاً للقرآن.

و أخری: تؤخذ شرطاً فی ضمن العقد، مجعولة بجعل آخر فی ضمن جعل الإجارة، بأن یقول: استأجرتک علی خیاطة هذا الثوب، و

اشترطت علیک أن تقرأ القرآن فی حال الخیاطة أو قبلها أو بعدها.

ثمَّ إن ما یؤخذ قیداً تارة: یؤخذ علی نحو وحدة المطلوب، و أخری:

علی نحو تعدد المطلوب. فان کان علی النحو الأول لم یستحق الأجیر الأجرة لو جاء بالمستأجر علیه بدونه. و علی النحو الثانی یستحق، لکن للمشترط خیار تخلف الوصف. و لعل ما فی المتن إشارة إلی هذه الجهة، فالمقصود من قوله (ره): «علی وجه الشرطیة»: علی نحو تعدد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲

.....

المطلوب، فی قبال القیدیة الذی هو علی نحو وحدة المطلوب، لا التفصیل بین القید و الشرط، و إلا فقد عرفت أن الزمان لا ینبغی أن یکون ملحوظاً بنحو الاشتراط، لأنه لا یمکن أن یکون مجعولًا بجعل مستقل.

نعم الإشکال فی تشخیص کون الاشتراط و التقیید علی نحو وحدة المطلوب أو علی نحو تعدده. و الذی ذکروه فی مبحث الوکالة: أن الموکل إذا عین السوق أو المکان أو السعر أو غیر ذلک- تعین، و لو فعل الوکیل علی خلاف ذلک کان تصرفه فضولیاً محتاجاً إلی إجازة. و مقتضاه أن التقیید علی نحو وحدة المطلوب. و کذا فی باب الودیعة و العاریة و غیرهما من العقود الإذنیة. و مقتضی ثبوت خیار الشرط، و الوصف، و العیب، و خیار الاشتراط: أن القید و الشرط ملحوظان علی نحو تعدد المطلوب و کذا بناؤهم علی أن الشرط الفاسد غیر مفسد کما علیه المحققون.

و الفرق بین البابین غیر ظاهر، و لا سیما بملاحظة أن الاذن کما تکون شرطاً فی صحة فعل الوکیل، کذلک تکون شرطاً فی صحة العقود، فعدم جواز التصرف فی مال أحد إلا- بإذنه شامل للجمیع بنحو واحد. فکما أن الاذن فی باب الوکالة و نحوها من العقود الإذنیة مختصة بصورة وجود القید و لا- تشمل ذات المقید العاریة عن القید، کذلک فی موارد خیار العیب و تخلف الوصف و نحوهما. و إذا کانت الاذن فی مورد خیار الوصف و العیب و الشرط ملحوظة بنحو تعدد المطلوب، فلم لا تکون کذلک فی باب الوکالة و العاریة و نحوهما؟!.

و لعل التحقیق: أن القیود و الشروط فی جمیع الموارد مبنیة علی نحو وحدة المطلوب، و لا- فرق بین الوکالة و العاریة و الودیعة و الإجارة و نحوها مما کان موضوع التصرف فیه عملًا، و بین بیع السلف و النسیئة بالنسبة إلی المبیع و الثمن و نحوهما مما کان موضوع التصرف فیه عیناً ذمیاً، و بین

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۳

.....

بیع العین الخارجیة الموصوفة بالوصف المفقود و بیع العین المعیبة، اللذین هما موضوع خیار تخلف الوصف و خیار العیب و نحوهما من موارد الخیار.

و کذا فی العقود التی لا خیار فیها، کتزویج الزوجة المعیبة بغیر العیوب السبعة الموجبة للخیار، فإن الإذن المعتبرة فی صحة العقد، أو الإیقاع، و فی جواز تصرف غیر المالک کلها فی الجمیع علی نحو واحد، غیر قابل للتحلیل و التجزئة بین ذات المقید و المشروط. فذات المقید فی الجمیع- مع قطع النظر عن القید و الشرط- لا إذن فیها و لا رضا. و مقتضی ذلک و إن کان بطلان بیع فاقد الوصف، و بیع المعیب و فساد العقد و الإیقاع المشروطین بالشرط الفاسد، لکن خرجنا عن حکم العام بالدلیل المخصص، و هو ما دل علی الخیار فی تخلف الوصف، و فی موارد العیب من الإجماع أو النصوص أو بناء العقلاء. فان ذلک یدل علی الاجتزاء بالاذن الضمنیة فی

الصحهٔ، و إن لم تکن قابلهٔ للتحلیل، و کانت واردهٔ علی المقید، لا أن الاذن فی الموارد المذکورهٔ ملحوظهٔ بنحو تعدد المطلوب، فیکفی فی صحهٔ بیع ذات المقید وقوع البیع علی المقید عن إذن، و إن کان القید منتفیاً.

و یطرد ذلک حتی فی الوکالهٔ، فإذا و کله فی شراء العبد الکاتب، فاشتری عبداً یعلم أنه لیس بکاتب، کان العقد فضولیاً خارجاً عن موضوع الوکالهٔ.

و إذا اشتری عبداً علی أنه کاتب فتبین أنه لیس بکاتب، کان موضوعاً للتوکیل و صح العقد، و کان للمشتری الخیار. فلیس الفرق بین الموارد المذکورهٔ سابقاً: أن الاذن فی بعضها علی نحو تعدد المطلوب، و فی آخر علی نحو وحدهٔ المطلوب، بل الفرق الاجتزاء فی بعضها بالاذن الواردهٔ علی المقید لفقده القید، و عدم الاجتزاء بها فی بعضها الآخر.

و المتحصل مما ذکرنا: أن الضابط فی القیود هو أنها مبنیهٔ علی نحو وحدهٔ المطلوب، من دون فرق بین الأعمال و الأعیان الذمیهٔ و الخارجیهٔ.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴

و التقیید لم یستحق شیئاً من الأجرهٔ، لعدم العمل بمقتضی الإجارهٔ أصلا (۱)، نظیر: ما إذا استأجره لیصوم یوم الجمعهٔ،

و مقتضاه البطلان مع انتفاء القید. خرجنا عن ذلک فی خصوص الخارجیات العینیهٔ، فإنها تصح فیها العقود و الإیقاعات مع انتفاء القید، اجتزاء من العقلاء بالاذن الواردهٔ علی المقید، لا أن الاذن فیها منحلهٔ الی الاذن بذات المقید، و الاذن بالمقید بما هو مقید. هذا الکلام کله فی القیود.

و أما الشروط المجعولهٔ بإنشاء مستقل: فالظاهر أنها عند العقلاء کالخارجیات العینیهٔ، یجری علیها حکم تعدد المطلوب، فیجتزأ بالاذن الواردهٔ علی الشرط و المشروط فیها، و إن لم تکن الاذن فیها منحلهٔ حقیقهٔ إلی أذنین: إحداهما: متعلقهٔ بالمشروط ذاته، و الأخری: متعلقهٔ بالمشروط بما هو مشروط. و الظاهر أنه لا فرق بین الشرط الراجع لباً إلی القید، مثل:

ما لو استأجره علی أن یصلی عن میت له و اشترط علیه التحنک و لبس اللباس الأبیض فی صلاته، و بین ما لم یکن کذلک، کما لو استأجره علی أن یصلی عن میت له، و اشترط علیه أن یخیط ثوبه.

و من ذلک یظهر: أن القیود فی الإجارهٔ إن کانت قیوداً للعمل المستأجر علیه فهی علی نحو وحدهٔ المطلوب، و إن کانت قیوداً للعین المستأجرهٔ فهی علی نحو تعدد المطلوب. کما یظهر أن الإیصال فی الوقت المعین فی المثال الذی ذکره فی المتن لا یکون إلا علی نحو التقیید، و لا یمکن أن یکون علی نحو الشرطیهٔ، لامتناع إنشائه بإنشاء مستقل. فلاحظ.

(۱) کما هو ظاهر النصوص الواردهٔ فی الموارد المختلفهٔ، الظاهرهٔ فی أن الأجیر إذا لم یأت بالعمل المستأجر علیه لا یترتب أثر علی الإجارهٔ. و کذا ظاهر الفقهاء.

و إن کان مقتضی القواعد استحقاق الأجیر المسمی، و ضمانه لقیمهٔ العمل کما لو تعذر تسلیم الثمن بعد ما کان مقدوراً علیه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵

فاشتبه و صام یوم السبت. و إن کان ذلک علی وجه الشرطیهٔ، بأن یکون متعلق الإجارهٔ الإیصال إلی کربلاء، و لکن اشترط علیه الإیصال فی ذلک الوقت، فالإجارهٔ صحیحهٔ و الأجرهٔ المعینهٔ لازمهٔ، لکن له خیار الفسخ من جههٔ تخلف الشرط، و معه یرجع إلی أجرهٔ المثل. و لو قال: و إن لم توصلنی فی وقت کذا فالأجرهٔ کذا، أقل مما عین أولا، فهذا أیضاً قسمان (۱).

قد یکون ذلک بحیث یکون کلتا الصورتین- من الإیصال فی ذلک الوقت، و عدم الإیصال فیه- مورداً للإجارهٔ (۲)،

ثمَّ إن عدم ترتب الأثر علی الإجارهٔ یمکن أن یکون علی نحو البطلان، و أن یکون علی نحو الصحهٔ لکن لا- یکون لأحدهما حق

المطالبة بالعوض.

و الظاهر هو الثانی کما عبر به المصنف (ره). و الظاهر أنه هو مراد الأصحاب و المستفاد من النصوص، کما یظهر ذلک من کلماتهم فی ما لو اشترط نقص الأجرة لو جاء بالعمل المستأجر علیه فی غیر الوقت المعین له بالإجارة. فإن الإجارة لو کانت باطلة کان الشرط کذلک، فلا یستحق الأجیر الأجرة ناقصة، مع بنائهم علی صحة الشرط، فانتظر ما یأتی فی ذیل المسألة.

(۱) الظاهر من الفرض الاختصاص بالقسم الثانی و لا یجیء فیه القسم الأول، و إنما یجیء فی الإجارة علی المردد بین الایصالین، کما صرح بذلک غیر واحد.

(۲) بنحو لو صح اقتضی اشتغال ذمته بأحدهما تخییراً، بخلاف الصورة الآتیة، فإن عقد الإجارة إنما یقتضی اشتغال الذمة بالإیصال فی الوقت تعیناً، فیجب فعله تعیناً.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۶

فیرجع إلی قوله. آجرتک بأجرة کذا، إن أوصلتک فی الوقت الفلانی، و بأجرة کذا إن لم أوصلک فی ذلک الوقت. و هذا باطل للجهالة، نظیر ما ذکر فی المسألة السابقة من البطلان إن قال: إن عملت فی هذا الیوم فلک درهمان .. و قد یکون مورد الإجارة هو الإیصال فی ذلک الوقت، و یشترط علیه أن ینقص من الأجرة (۱) کذا علی فرض عدم الإیصال. و الظاهر الصحة فی هذه الصورة (۲)، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» «۱»

و غیره، مضافاً إلی صحیحة محمد الحلبی

.(۳)

(۱) یعنی: بنحو شرط النتیجة، أو أن یتملک منها بنحو شرط الفعل.

(۲) و عن المحقق الکرکی و جماعة: البطلان، طرحاً منهم للصحیح، أو حملًا له علی الجعالة، لمخالفته للقواعد من أجل التعلیق و الجهالة و الإبهام.

و أنه کالبیع بثمنین. لکن الجمیع کما تری: إذ الأخیر مبنی علی حمله علی الصورة الأولی. و ما قبله لا- دلیل علی قدحه فی صحة الشرط، بل المحقق بناؤهم فی غیر مورد علی عدم قدحه، فلاحظ. و حمل الصحیح علی الجعالة بعید جداً، لأن الجعالة تقتضی إحداث الداعی إلی العمل بتوسط بذل الجعل، و ظاهر الصحیح أن العمل غیر مرغوب فیه للباذل، فلا وجه للحث علی فعله و الترغیب فیه.

(۳)

قال: «کنت قاعداً إلی قاضی، و عنده أبو جعفر علیه السلام جالس، فجاء رجلان، فقال أحدهما: إنی تکاریت إبل هذا الرجل لیحمل لی متاعاً إلی بعض المعادن، فاشترطت علیه أن یدخلنی المعدن یوم کذا و کذا، لأنها سوق و أخاف أن تفوتنی فإن احتبست عن ذلک حططت

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷

و لو قال: إن لم توصلنی فلا أجرة لک، فان کان علی وجه الشرطیة، بأن یکون متعلق الإجارة هو الإیصال الکذائی فقط، و اشترط علیه عدم الأجرة علی تقدیر المخالفة، صح (۱)، و یکون الشرط المذکور مؤکداً لمقتضی العقد. و إن کان علی وجه القیدیة، بأن جعل

كلتا الصورتين مورداً للإجارة، إلا أن فى الصورة الثانية بلا أجرة، يكون باطلا. و لعل هذه الصورة مراد المشهور (٢)

من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا، و أنه حبسنى عن ذلك اليوم كذا و كذا يوماً. فقال القاضى: هذا شرط فاسد وفّه كراه. فلما قام الرجل أقبل إلىّ أبو جعفر (ع) فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه» «١».

(١) كما ذكره الشهيد فى اللمعة، حاملا للفرض على هذا القسم لا غير. نعم قد يأبى الصحة الصحيح المتقدم. اللهم إلا أن يحمل على صورة كون الزمان الخاص مأخوذاً قيداً على نحو تعدد المطلوب، إذ حينئذ يكون فوات القيد موجباً للخيار، لا عدم وقوع العمل المستأجر عليه، كى لا يستحق الأجرة و يكون الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كما هو المفروض فى المتن، و عرفت أنه الأصل فى القيود.

(٢) المظنون قوياً: أن مورد كلام المشهور هنا و فى المسألة السابقة- أعنى: ما لو اشترط نقص الأجرة- هو خصوص صورة الشرط فى ضمن عقد الإجارة الوارد على الإيصال فى الوقت المعين، فلا يشمل صورة وقوع الإجارة على المردد. و وجه تفصيلهم بالبناء على الصحة فى الأولى و البطلان فى الثانية: هو الصحيح المذكور لا غير. و لا بأس بالعمل به

---

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب أحكام الإجارة: ٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨

القائلين بالبطلان (١) دون الأولى، حيث قالوا: و لو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله لم يجز.

[(مسألة ١٣): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان]

(مسألة ١٣): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان مثلًا- و لكن لم يشترط على المؤجر ذلك و لم يكن على وجه العنوانية أيضاً، و اتفق أنه لم يوصله، لم يكن له خيار الفسخ، و عليه تمام المسمى من الأجرة. و إن لم يوصله إلى كربلاء أصلًا سقط من المسمى بحساب ما بقى و استحق بمقدار ما مضى. و الفرق بين هذه المسألة و ما مرّ فى المسألة السابقة: أن الإيصال هنا غرض وداع و فيما مر قيد أو شرط.

بعد اعتباره فى نفسه، و اعتماد الأصحاب عليه. و من ذلك يظهر ضعف ما فى المتن من كون مراد القائلين بالبطلان صورة وقوع الإجارة على الأمرين، فإنه بعيد، و موجب للتفكيك بين مورد البطلان- فى كلامهم- و مورد الصحة، لأنها فى خصوص صورة وقوع الإجارة على الإيصال فى الوقت المعين، و جعل نقص الأجرة على تقدير عدمه من قبيل الشرط، فان هذا التفكيك بعيد. و أبعد من ذلك ما فى الروضة من جعل مورد الصحة و البطلان معاً صورة وقوع الإجارة على الأمرين على نحو الترديد. فان ذلك أيضاً بعيد عن مذاقهم من اعتبار التعيين فى الإجارة، و إن تقدم القول بالصحة من جماعة فى المسألة الحادية عشرة، فلاحظ.

(١) بل عن بعض: أنه لا خلاف فيه إلا من أبى على.

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٩

[فصل الإجارة من العقود اللازمة]

اشارة

فصل الإجارة من العقود اللازمة (۱)، لا تنفسخ إلا بالتقايل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ. نعم الإجارة المعاطاتية جائزة (۲)، يجوز لكل منهما الفسخ، ما لم تلزم بتصرفهما، أو تصرف أحدهما فيما انتقل إليه.

[(مسألة ۱): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة]

(مسألة ۱): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة، و لا تنفسخ الإجارة به (۳)، فتنتقل إلى المشترى مسلوبة المنفعة مدة الإجارة، نعم للمشترى مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع (۴)، لأن نقص المنفعة عيب (۵)، و لكن فصل

---

(۱) بلا خلاف، بل عليه الإجماع محكى. و يشهد له غير واحد من النصوص «۱». مضافاً إلى عمومات اللزوم.

(۲) بناء على تمامية الإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بملزمات مخصوصة مذكورة فى محلها.

(۳) بلا خلاف و لا إشكال. و يشهد له جملة من النصوص «۲».

(۴) كما صرح به جمع كثير، بل عن الغنية: الإجماع عليه.

(۵) لأن مبنى المعاوضات على التسليم و الانتفاع، و هو متعذر بالإجارة.

---

(۱) الوسائل باب: ۷، ۱۵ من أبواب الإجارة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب الإجارة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۰

ليس كسائر العيوب مما يكون المشترى معه مخيراً بين الرد و الأرش، فليس له أن لا يفسخ و يطالب بالأرش، فإن العيب الموجب للأرش ما كان نقصاً فى الشيء فى حد نفسه، مثل العمى و العرج و كونه مقطوع اليد أو نحو ذلك، لا مثل المقام الذى العين فى حد نفسها لا عيب فيها. و أما لو علم المشترى أنها مستأجرة و مع ذلك أقدم على الشراء، فليس له الفسخ أيضاً. نعم لو اعتقد كون مدة الإجارة كذا مقداراً، فبان أنها أزيد، له الخيار أيضاً (۱). و لو فسخ المستأجر الإجارة رجعت المنفعة فى بقية المدة إلى البائع، لا إلى المشترى (۲).

أو لأن من الشرائط الارتكازية كون العين مستتبعة للمنفعة، فإذا فات الشرط المذكور كان له خيار تخلف الشرط. و بالجملة: نقص المنفعة خلاف الأصل المعول عليه عند العقلاء، كأصالة الصحة، فيكون الخيار من قبيل خيار الرؤية.

(۱) لفوات الزيادة عليه من دون إقدام.

(۲) هذا لا يخلو من نظر، لأنه خلاف مقتضى تبعية المنفعة للعين.

و مجرد كون مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى حاله قبل العقد غير كاف فى ذلك، لأن المنفعة إنما كانت ملكاً للبائع قبل العقد، لأنها تابعة للعين فيملكها مالك العين، فاذا تبدل المالك للعين كان مقتضى التبعية رجوعها إلى المشترى. و كأنه لما ذكرنا احتمل فى التذكرة- على ما حكى- رجوع المنفعة إلى المشترى و بذلك يظهر الفرق بين المسألة و بين ما إذا آجر العين على شخص، ثمَّ المستأجر آجرها ثانياً على ثالث، ثمَّ باع المالك العين ففسخت الإجارة الثانية، فإن فسخها يوجب رجوع المنفعة

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۱

نعم لو اعتقد البائع و المشترى بقاء مدة الإجارة، و أن العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، و تبين أن المدة منقضية، فهل منفعة تلك المدة للبائع، حيث أنه كأنه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا (۱)، أو للمشترى، لأنها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير،

أو بالاستثناء، و المفروض عدمها؟

وجهان. و الأقوى: الثانى. نعم لو شرطا كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدة، كان لما ذكر وجه (۲).

ثمَّ بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة فى الصورة السابقة إلى المشترى، فهل للبائع الخيار أولا؟. وجهان لا يخلو أولهما

إلى المستأجر الأول، لأنه ملكها بالعقد لا بالتبعية.

و بالجملة: رجوع كل من العوضين إلى محله السابق بالفسخ، ليس لأن الفسخ يقتضى ذلك، بل لأن الفسخ يبطل العقد، فيرجع كل من العوضين إلى ما يقتضيه السبب السابق. ففى المقام يرجع إلى ما تقتضيه التبعية إذا تحقق الفسخ، و التبعية إنما تقتضى الرجوع إلى ملك مالك العين، و هو المشترى لا المؤجر.

(۱) مجرد الاعتقاد لا يقتضى ذلك كما لا يخفى.

(۲) فى بعض الحواشي: «لكنه غير موجه، إذ الشرط فى المقام بمنزلة التوصيف لا الاستثناء فلا أثر له» يعنى: فى جعل المنفعة للبائع. بل محض الاستثناء أيضاً بمنزلة التوصيف لا يقتضى ثبوت المنفعة للبائع، و إنما الذى يقتضى ذلك إنشاء كونها للبائع، لكنه لا يتيسر ذلك مع اعتقاد أنها للمستأجر.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۲

من قوة (۱)، خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغبن.

هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر. أما لو بيعت عليه: ففى انفساخ الإجارة وجهان (۲). أقواهما: العدم (۳). و يتفرع على ذلك أمور:

منها: اجتماع الثمن و الأجرة عليه حينئذ.

و منها: بقاء ملكه للمنفعة فى مدة تلك الإجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الإجارة.

و منها: إرث الزوجة من المنفعة فى تلك المدة (۴)، لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين، و إن كانت مما لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرد البيع (۵).

---

(۱) لما عرفت من أن الخيار فى المقام من قبيل خيار الرؤية، و لا فرق فيه بين المشترى و البائع. و قد استظهر شيخنا الأعظم فى مكاسبه الاتفاق على عدم الفرق فى خيار الرؤية بين البائع و المشترى.

(۲) بل قولان.

(۳) كما هو المشهور. و عن الإرشاد: الانفساخ، لأن أثر الإجارة الانتفاع بمال الغير و هذا لا يبقى بعد البيع، و لأنه يلزم اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن المنفعة حينئذ تكون مملوكة بالإجارة و التبعية. و ضعفه بالتأمل ظاهر.

(۴) لأنها مملوكة أصالة بالإجارة.

(۵) فإن المنافع تكون مملوكة للموروث بالتبعية للعين، فاذا كانت الزوجة لا ترث من العين لا ترث مما هو تابع لها.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۳

و منها: رجوع المشترى بالأجرة لو تلف العين بعد قبضها و قبل انقضاء مدة الإجارة، فإن تعذر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الإجارة و يوجب الرجوع بالعوض، و إن كان تلف العين عليه.

[(مسألة ۲): لو وقع البيع و الإجارة فى زمان واحد]

(مسألة ۲): لو وقع البیع و الإجارة فی زمان واحد کما لو باع العین مالکها علی شخص و آجرها وکیله علی شخص آخر، و اتفق وقوعهما فی زمان واحد- فهل یصحان معاً و یملکها المشتری مسلوبة المنفعة کما لو سبقت الإجارة، أو یبطلان معاً للتزاحم فی ملکیة المنفعة، أو یبطلان معاً بالنسبة إلی تملیک المنفعة فیصح البیع علی أنها مسلوبة المنفعة تلک المدة فتبقی المنفعة علی ملک البائع؟ وجوه. أقواها: الأول، لعدم التزاحم، فإن البائع لا یملّک المنفعة و إنما یملّک العین (۱) و ملکیة العین توجب ملکیة المنفعة للتبعیة، و هی متأخرة عن الإجارة.

[(مسألة ۳): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر علی الأقوی]

(مسألة ۳): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر علی الأقوی (۲). نعم فی إجارة العین الموقوفة، إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلی

---

(۱) بالتشدید، یعنی: أن البائع إنما یبیع العین و لا یملّک المشتری المنفعة، بل یملّکه العین، و المنفعة یملکها المشتری بالتبعیة. و الملکیة بالتبعیة إنما تکون حیث لا یکون مقتض لملکیة أخری، فإذا آجر الوکیل فقد ملک المستأجر المنفعة بعقد الإجارة، المانع من تأثیر التبعیة.

(۲) کما هو المشهور بین المتأخرین. و فی المسالک: نسبته إلیهم أجمع.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴

البطن اللاحق، لأن الملکیة محدودة. و مثله ما لو کانت المنفعة موصی بها للمؤجر ما دام حیاً. بخلاف ما إذا کان المؤجر هو

و المشهور بین القدماء أنها تبطل بالموت مطلقاً. و قیل: لا تبطل بموت المؤجر، و تبطل بموت المستأجر، و نسب إلی أکثر أصحابنا. و قد یستدل للبطلان

بموثق إبراهیم بن محمد الهمدانی: «قال: کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام و سألته: عن امرأة آجرت ضیعتها عشر سنین، علی أن تعطی الإجارة (الأجرة خ ل) فی کل سنة عند انقضائها، لا یقدم لها شیء من الإجارة (الأجرة خ ل) ما لم یمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنین أو بعدها، هل یجب علی ورثتها إنفاذ الأجرة إلی الوقت أم تکون الإجارة منتقضة (منقضیة خ ل) بموت المرأة؟ فقال علیه السلام: إن کان لها وقت مسمی لم یبلغ فماتت فلورثتها تلک الإجارة، فان لم تبلغ ذلک الوقت و بلغت ثلثة أو نصفه أو شیئاً منه، فتعطی ورثتها بقدر ما بلغت من ذلک الوقت إن شاء اللّه» «۱».

بناء علی أن الظاهر أن المراد من قوله علیه السلام:

«فلورثتها تلک الإجارة»

: أن الإجارة لا تبطل من أصلها، بل من حین الموت، بقرینة ما بعده مما هو ظاهر فی توزیع الأجرة، بنسبة زمان الحیاة إلی مجموع المدة.

و فی مجمع البرهان: ادعی صراحتها فی الدلالة علی عدم بطلانها بموت المؤجر. و کأنه استند فی ذلک إلی ظاهر قوله (ع):

«فلورثتها تلک الإجارة»

فی أن الإجارة صحیحة. و حمل ما بعده علی أن الورثة یستحقون الأجرة، علی حسب التوقیت الصادر فی عقد الإجارة. و لکنه کما تری و إن وافقه علیه جماعة، فإنه غیر ظاهر، بل الظاهر ما ذکرنا و إن کان لا یخلو من خفاء.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۵

المتولی للوقف و آجر لمصلحة البطون إلی مدة، فإنها لا تبطل بموته، و لا بموت البطن الموجود حال الإجارة. و کذا تبطل إذا آجر نفسه للعمل بنفسه (۱) من خدمة أو غیرها، فإنه إذا مات لا یبقی محل للإجارة. و کذا إذا مات المستأجر الذی هو محل للعمل من خدمة أو عمل آخر متعلق به بنفسه. و لو جعل العمل فی ذمته لا- تبطل الإجارة بموته، بل یستوفی من ترکته. و کذا بالنسبة إلی المستأجر إذا لم یکن محلا للعمل، بل کان مالکا له علی المؤجر، کما إذا آجره للخدمة من غیر تقیید بکونها له، فإنه إذا مات تنتقل إلی وارثه، فهم یملکون علیه ذلک العمل. و إذا آجر الدار و اشترط علی المستأجر سکناه بنفسه لا تبطل بموته (۲)، و یکون للمؤجر خیار الفسخ.

نعم إذا اعتبر سکناه علی وجه القیدیة تبطل بموته.

[(مسألة ۴): إذا آجر الولی أو الوصی الصبی المولی علیه مدة تزید علی زمان بلوغه و رشده]

(مسألة ۴): إذا آجر الولی أو الوصی الصبی المولی علیه مدة تزید علی زمان بلوغه و رشده، بطلت فی المتیقن

---

(۱) فی بعض الحواشی: «انه یختص البطلان بما إذا کان متعلق الإجارة هو منفعة نفسه، و لو کان المتعلق هو الخدمة و نحوها کلیاً، و شرط المباشرة بنفسه فللمستأجر الخیار» و فیه: ما عرفت من أن شرط المباشرة راجع إلی تقیید المنفعة، و عرفت أن التقیید فی الکلیات علی نحو وحدة المطلوب، فلا مجال للخیار. و کذا الحکم فی الفرض الآخر. اللهم إلا أن تکون العبارة المؤدیة إلی التقیید ظاهرة فی کونه علی نحو تعدد المطلوب.

(۲) قد عرفت أن الشرط فی المقام راجع الی القید، و أن التقیید فی المقام علی نحو وحدة المطلوب.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۶

بلوغه فیه، بمعنی: أنها موقوفة علی إجازته، و صحت واقعاً و ظاهراً بالنسبة إلی المتیقن صغره، و ظاهراً بالنسبة إلی المحتمل فاذا بلغ له أن یفسخ علی الأقوی، أی: لا یجیز، خلافاً لبعضهم (۱) فحکم بلزومها علیه لوقوعها من أهلها فی محلها، فی وقت لم یعلم لها مناف. و هو کما تری. نعم لو اقتضت المصلحة- اللازمة المراعاة- إجارته مدة زائدة علی زمان البلوغ، بحیث تکون إجارته أقل من تلک المدة خلاف مصلحته تکون لازمة لیس له فسخها بعد بلوغه. و کذا الکلام فی إجارة أملاکه.

[(مسألة ۵): إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معینة]

(مسألة ۵): إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معینة، فتزوجت قبل انقضائها، لم تبطل الإجارة، و إن کانت الخدمة منافیة لاستمتاع الزوج (۲).

---

(۱) حکی ذلک عن الخلاف، معللا له بما ذکر. و ردّه فی الجواهر بالمنع. لکن مقتضی ولایته علی الطفل فی جمیع ماله الولایة علیه من ماله و نفسه، صحة ما ذکر، إذ لا ریب فی أن للإنسان السلطنة علی منافعه المستقبلة، فتکون لولیه السلطنة علیها. کما أن الحکم فی أمواله کذلک.

و الفرق بینهما غیر ظاهر. فالأقوی حینئذ عدم جواز فسخه و نفوذ تصرف الولی.

اللهم إلا أن یستشکل فی ثبوت إطلاق لدلیل الولایة یقتضی ذلک فی نفسه. و أما ماله: فإطلاق قوله تعالی (وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا

بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ* ..) «۱». کافٍ فی إثبات نفوذ التصرف.

(۲) لأن حق الاستمتاع یختص بغیر صورة المزاحمة للواجب المجعول

---

(۱) الانعام: ۱۵۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷

[(مسألة ۶): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثمَّ أعتقه]

(مسألة ۶): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثمَّ أعتقه (۱) لا تبطل الإجارة بالعتق، و لیس له الرجوع علی مولاه بعوض تلک الخدمة فی بقیة المدة (۲)، لأنه کان مالکا لمنافعه أبداً و قد استوفاها بالنسبة إلی تلک المدة. فدعوی: أنه فوّت علی العبد ما کان له حال حریته، کما تری. نعم یبقی الکلام فی نفقته فی بقیة المدة إن لم یکن شرط کونها علی المستأجر.

و فی المسألة وجوه:

أحدها: کونها علی المولی (۳) لأنه حیث استوفی بالإجارة منافعه فکأنه باق علی ملکه (۴).

بالإجارة السابقة، و لا مجال لدعوی العکس، فیقال: الإجارة باطلة لعدم القدرة علی التسلیم، لأن التحقیق فی العلل الشرعیة، التی یکون بعضها مزاحماً للآخر، الترجیح بالسبق و اللحوق، فیکون الأثر للسابق دون اللاحق. و من ذلک یظهر أنه لو نذر أن یزور الحسین علیه السلام یوم عرفة فاستطاع، کان النذر مقدماً علی الاستطاعة، و لو استطاع ثمَّ نذر کانت الاستطاعة مقدمة علی النذر.

(۱) صح العتق قولًا واحداً، لعموم أدلته، کما فی الجواهر.

و کذا ذکر فی صحة الإجارة، و عن إیضاح النافع: أنه ربما قیل بالبطلان.

و فی الجواهر: ان الظاهر أن القول بذلک لبعض الشافعیة.

(۲) حکی جواز الرجوع عن الشافعی فی القدیم. و عن الشیخ و الحلی حکایته قولا، و لم یعلم أنه لأصحابنا.

(۳) حکی ذلک عن القواعد. و فی الجواهر: ضعفه واضح، ضرورة أن المقتضی لها الملک، و قد زال.

(۴) هذا التنزیل غیر ظاهر الوجه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۸

الثانی: أنه فی کسبه إن أمکن له الاکتساب لنفسه فی غیر زمان الخدمة (۱) و ان لم یمکن فمن بیت المال (۲) و إن لم یکن فعلی المسلمین (۳) کفایة (۴).

الثالث: أنه إن لم یمکن اکتسابه فی غیر زمان الخدمة ففی کسبه و إن کان منافیا للخدمة (۵).

الرابع: أنه من کسبه و یتعلق مقدار ما یفوت منه من الخدمة بذمته.

الخامس: أنه من بیت المال من الأول.

و لا یبعد قوة الوجه الأول.

---

(۱) الظاهر أن هذه الصورة خارجة عن محل الکلام و الخلاف، و علی هذا یرجع الثانی إلی الخامس.

(۲) لکن فی کون نفقته من مصارف بیت المال إشکال، فإن بیت مال الخراج یصرف فی المصالح العامة. اللهم إلا أن یکون ترک الإنفاق علیه مهانة عامة للمسلمین.

(۳) المقدار اللازم علی المسلمین حفظه عن الهلاک، أما النفقة المتعارفة فلا دلیل علی وجوبها علی أحد.

(۴) فان لم یمکن ففی کسبه أو غیره، مقتصراً علی مقدار الضرورة، نظیر أکل مال غیره عند المخمصة.

(۵) و فیه: أنه تصرف فی مال الغیر من دون مسوغ ظاهر. مع أنه لا فرق بین کسبه و سائر أموال المستأجر و غیره. و ما فی الجواهر: من أن النفقـة مقدمة علی کل واجب. فیه: أن ذلک یتم لو کان الواجب علیه الخدمة فی ذمته، و لیس هو مقتضـی الإجارة، لأنها واقعة علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۹

[(مسألة ۷): إذا وجد المستأجر فی العین المستأجرة عیباً سابقاً علی العقد]

(مسألة ۷): إذا وجد المستأجر فی العین المستأجرة عیباً سابقاً علی العقد و کان جاهلا به، فان کان مما تنقص به المنفعة فلا إشکال فی ثبوت الخیار له بین الفسخ و الإبقاء (۱) و الظاهر عـدم جواز مطالبته الأرش فله الفسـخ أو الرضا بها مجانا (۲). نعم لو کان العیب مثل خراب بعض بیوت الدار

منافعه لا علی ذمته، و منافعه بالإجارة مال للمسـتأجر کسائر أمواله، فإذا جاز له التصـرف فی کسـبه جاز له التصـرف فی مال المسـتأجر غیر الخدمة، و هو کما تری.

(۱) قد نفی الخلاف فیه غیر واحد، و تأتی فی هذه المسألة الإشارة إلی وجهه، و أنه إما من قبیل خیار تخلف الوصف، أو هو مقتضـی حدیث لا ضرر

«۱». (۲) حکی علیه اتفاق الأصـحاب إلی زمان الشهید، فتردد فیه فی اللمعة، و تبعه غیره فیه. و عن جامع المقاصد: أن الأصح ثبوته. و هو فی محله لو کـان النـاقص جزءاً ملحوظـا بالإجـارة مقابلاـ به جزءاً من الأـجرة فإنه یکون من قبیل الخراب لبعض البیوت. أما إذا لم یکن کذلک، بل کان من قبیل الوصف الموجب لنقص المالیة،- کبطء السـیر فی الدابة- فلا وجه له ظاهر. و کونه منشأ لنقص المالیة غیر کـاف فی لزوم إرجـاع بعض الأـجرة کمـا لاـ یخفی. و ثبوت الأـرش فی العیب فی المبیع لـدلیل یخصه، لا یصـحح البناء علیه فی المقـام بعـد کونه خلاـف القاعـدة. بـل فی الفرض الأـول إنمـا الثابت التقسـیط، کما عبر به فی المتن فی خراب بعض بیوت الـدار، لا الأرش المصطلح الذی هو تدارک لنقص المالیة و لو بمال أجنبی

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۱۶ من أبواب الخیار فی کتاب البیع، و باب: ۵ من کتاب الشفعة، و باب: ۷، ۱۲ من کتاب احیاء الموات.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۰

فالظاهر تقسیط الأجرة (۱)، لأنه یکون حینئذ من قبیل تبعض الصفقة (۲) و لو کان العیب مما لا تنقص معه المنفعة کما إذا تبین کون الدابة مقطوعة الاذن أو الذنب، فربما یستشـکل فی ثبوت الخیار معه (۳). لکن الأقوی ثبوته إذا کان مما یختلف به الرغبات و تتفاوت به الأجرة. و کذا له عن الأجرة، مع کون المعاملة باقیة علی حالها بلا تبعض فیها. فدعوی:

عدم جواز مطالبة الأرش- کما فی المتن- فی محله.

---

(۱) لمـا عرفت، و إن کان إطلاق قولهم: عـدم ثبوت الأرش و لو مع فوات بعض المنفعـة، یقتضـی عـدمه فی المقام، إلا أنه منزل علی الصورة السابقة.

(۲) و حینئذ یکون له الخیار فی الباقی، کما فی سائر موارد تبعض الصفقة.

(٣) و إن كان يقتضيه إطلاق كلامهم، بل عن غير واحد التصريح به، و استدل له: بأن الصبر على المعيب ضرر. و هو- كما ترى- ممنوع على إطلاقه.

و بالجملة: إن كان دليل الخيار فى المقام هو: «لا ضرر.»،

فيقتضى اختصاصه بصورة الضرر. و ان كان هو دليل خيار العيب فى المبيع، فلو بنى على التعدى عن البيع فإنما هو فيما لو كان العوض معيباً، و العوض فى الإجارة المنفعة و الأجرة، لا العين. مع أن تصور العيب بالمعنى المعتبر فى عيب المبيع بالنسبة إلى المنافع غير ظاهر، إذ ليس لها خلقة أصلية يكون النقص عنها عيبا. و كذا لو كان دليل خيار تخلف الوصف، من جهة اعتماد المستأجر على أصالة الصحة، فإنه أيضاً يختص بالاعواض، و لا يجرى فى غيرها، إذ لا ريب فى أنه لا خيار للأجير لو استؤجر على خياطة ثوب، و تبين بعد الإجارة أنه معيب. و كذا لو استؤجر على حمل مناع فتبين أنه معيب. و بالجملة: دليل الخيار فى المقام

مستمسک العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤١

الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد و قبل القبض (١)، بل بعد القبض أيضاً، و ان كان استوفى بعض المنفعة و مضى بعض المدة (٢). هذا إذا كانت العين شخصية. و أما إذا

أما حديث لا ضرر، أو دليل خيار تخلف الشرط، و كلاهما غير مطرد.

و لأجل ذلك يتعين التفصيل المذكور فى المتن.

(١) إما لقاعدة التلف قبل القبض الحاكمة بأنه من مال الناقل، فيكون العقد كأنه وقع على الفاقد. و فيه: أنه لو تمَّ ذلك فى تلف وصف المبيع، فالتعدى إلى المقام يحتاج الى دليل. و إما لان مبنى المعاوضة على التسليم و التسلم للعوضين على ما هما عليه، فكما يثبت الخيار بتعذر تسليم العين، كذلك يثبت الخيار بتعذر تسليمها على ما هى عليه من الوصف و لو لأجل تلف الوصف. و إما لأجل أن تلف الوصف يكشف عن تلفه و انتفائه فى نفسه، كما فى تلف العين المستأجرة و لو بعد العقد و القبض، كما يأتى فى الفصل اللاحق. و لأجله تصح دعوى ثبوت الخيار فى ما لو حدث العيب بعد القبض. لأن الإقدام كان على الانتفاع بالعين و هى على الوصف الخاص لا مطلقا، فالتخلف يستوجب الخيار.

(٢) كما فى محكى التذكرة، و اختاره فى الجواهر و غيرها. لأن تسليم المنفعة تدريجى بتدرج زمانها، فاذا حدث العيب فقد حدث قبل تسليم المعيب، و قد عرفت ثبوت الخيار حينئذ. هذا مضافاً الى الوجه الماضى فى صورة حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من أن التلف حينئذ كاشف عن عدم المنفعة الصحيحة.

لكن الوجه الأول قد ينافيه بناؤهم على عدم الخيار لو غصبت العين بعد القبض. و الوجه الأخير ينافيه بناؤهم على الانفساخ من حين التلف، فيما لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض، كما سيأتى فى الفصل الآتى. فتأمل.

مستمسک العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٤٢

كانت كلية و كان الفرد المقبوض معيبا، فليس له فسخ العقد (١) بل له مطالبة البدل. نعم لو تعذر البدل كان له الخيار فى أصل العقد (٢).

[(مسألة ٨): إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً فى الأجرة و لم يكن عالماً به]

(مسألة ٨): إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً فى الأجرة و لم يكن عالماً به كان له فسخ العقد، و له الرضا به. و هل له مطالبة الأرش معه؟ لا يبعد ذلك، بل ربما يدعى عدم الخلاف فيه (٣). لكن هذا إذا لم تكن الأجرة منفعة عين، و إلا فلا أرش فيه (٤) مثل ما مرّ فى المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معيبا (٥). هذا إذا كانت الأجرة عيناً شخصية.

(۱) کما صرح به غیر واحد من دون خلاف فیه، لعدم المقتضی للخیار فی العقد.

(۲) لتعذر تسلیم العوض الذی علیه مبنی المعاوضة، و لذا یستتبع الخیار

(۳) بل هو المصرح به فی کلام جماعة، بل فی مفتاح الکرامة و غیره: لا أجد فیه خلافاً. فان تمَّ إجماع علیه- کما استظهره غیر واحد- فهو الحجة. و إلا ففیه إشکال، لاختصاص دلیله بالبیع فالتعدی إلی المقام و غیره من سائر المعاوضات غیر ظاهر، و الأصل ینفیه، و إن حکی عن المحقق القول به فی عوض الخلع. و فی القواعد: القول به فیه، و فی عوض الهلة و مال الکتابة. و عن المسالک: القول به فی المهر. و فی محکی الروضة: القول به فی الصلح علی وجه قوی. إلا أن ثبوت الإجماع بهذا المقدار علی ثبوته کلیاً فی المعاوضات ممنوع جداً. و لذا جزم بعدمه بعض فی بعضها. لکن کان المناسب عدم الفرق فیها لأنها جمیعا من وادٍ واحد.

(۴) کما نص علی ذلک فی الجواهر.

(۵) لما مرّ أیضاً.

و أما إذا کانت کلیة، فله مطالبة البدل لا فسخ أصل العقد، إلا مع تعذر البدل علی حذو ما مرّ فی المسألة السابقة.

[(مسألة ۹): إذا أفلس المستأجر بالأجرة]

(مسألة ۹): إذا أفلس المستأجر بالأجرة، کان للمؤجر الخیار بین الفسخ و استرداد العین، و بین الضرب مع الغرماء (۱)، نظیر ما إذا أفلس المشتری بالثمن، حیث ان للبائع الخیار إذا وجد عین ماله.

[(مسألة ۱۰): إذا تبین غبن المؤجر أو المستأجر فله الخیار]

(مسألة ۱۰): إذا تبین غبن المؤجر أو المستأجر فله الخیار، إذا لم یکن عالما به حال العقد (۲) إلا إذا اشترطا سقوطه فی ضمن العقد.

[(مسألة ۱۱): لیس فی الإجارة خیار المجلس و لا خیار الحیوان]

(مسألة ۱۱): لیس فی الإجارة خیار المجلس و لا خیار الحیوان، بل و لا خیار التأخیر علی الوجه المذکور فی

(۱) بلا خلاف، کما عن غیر واحد. و صرح به جماعة من القدماء و المتأخرین، إلحاقا للإجارة بالبیع الثابت فیه بالإجماع و النصوص «۱». و بعضها و إن لم یکن مختصاً بالبیع إلا أنه ظاهر فی العین «۲»، فإلحاق المنافع بها یحتاج إلی تنقیح المناط، کما هو ظاهرهم، و إن کان المحکی عن بعض: تکلف إدراج المنفعة فی بعض تلک النصوص.

(۲) بناء علی استفادة الخیار فی البیع من عموم نفی الضرر، فإنه کما یشمل البیع یشمل الإجارة و غیرها من العقود المالیة. أما إذا کان المستند الإجماع، فثبوته فی الإجارة غیر ظاهر، فان کثیراً من الأصحاب أهمل ذکره فی المقام.

(۱) الوسائل باب: ۵ من أبواب أحکام الحجر.

(۲) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب أحکام المضاربة: ۱.

البیع (۱)، و یجری فیها خیار الشرط حتی للأجنبی، و خیار العیب، و الغبن کما ذکرنا، بل یجری فیها سائر الخیارات کخیار الاشتراط، و تبعض الصفقة، و تعذر التسلیم، و التفلیس و التدلیس، و الشرکة، و ما یفسد لیومه، و خیار شرط رد العوض، نظیر شرط رد الثمن فی البیع (۲).

[(مسألة ۱۲): إذا آجر عبده أو داره مثلا ثمَّ باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة]

(مسألة ۱۲): إذا آجر عبده أو داره مثلا ثمَّ باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة، فیکون للمشتری منفعة العبد مثلا، من جهة الإجارة قبل انقضاء مدتها، لا من جهة تبعیة العین. و لو فسخت الإجارة رجعت الی البائع (۳). و لو مات بعد القبض رجع المشتری المستأجر علی البائع، بما یقابل بقیة المدة من الأجرة، و إن کان تلف العین علیه. و اللّه العالم.

[فصل یملک المستأجر المنفعة فی إجارة الأعیان]

اشارة

فصل یملک المستأجر المنفعة فی إجارة الأعیان، و العمل فی الإجارة علی الأعمال بنفس العقد، من غیر توقف علی شیء کما هو مقتضی سببیة العقود. کما أن المؤجر یملک الأجرة

(۱) لاختصاص أدلة الثلاثة المذکورة بالبیع، و عموم أدلة ما عداها لها، و لا بد من ملاحظة تلک الأدلة.

(۲) نص علی ذلک کله فی الجواهر، متمسکا بعموم أدلتها.

(۳) عرفت إشکاله.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۵

ملکیة متزلزلة به کذلک. و لکن لا یستحق المؤجر مطالبة الأجرة إلا بتسلیم العین أو العمل (۱)، کما لا یستحق المستأجر مطالبتهما الا بتسلیم الأجرة، کما هو مقتضی المعاوضة. و تستقر ملکیة الأجرة باستیفاء المنفعة أو العمل أو ما بحکمه. فأصل الملکیة للطرفین موقوف علی تمامیة العقد. و جواز المطالبة موقوف علی التسلیم، و استقرار ملکیة الأجرة موقوف علی استیفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما بحکمهما. فلو حصل مانع عن الاستیفاء أو عن العمل تنفسخ الإجارة، کما سیأتی تفصیله.

[(مسألة ۱): لو استأجر داراً- مثلًا- و تسلمها]

(مسألة ۱): لو استأجر داراً- مثلًا- و تسلمها، و مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة علیه، سواء سکنها أو لم یسکنها باختیاره (۲). و کذا إذا استأجر دابة للرکوب أو لحمل المتاع إلی مکان کذا، و مضی زمان یمکن له ذلک، وجب علیه الأجرة و استقرت و إن لم یرکب أو لم یحمل، بشرط أن یکون مقدراً بالزمان المتصل بالعقد. و أما إذا عینا وقتاً فبعد مضی ذلک الوقت. هذا إذا کانت الإجارة واقعة

(۱) لأن مبنی المعاوضات علی التسلیم و التسلم، فلکل من المتعاوضین الامتناع من التسلیم فی ظرف امتناع صاحبه، کما أن لکل منهما المطالبة فی ظرف صدور التسلیم منه، و لا یجوز للآخر الامتناع عنه حینئذ، فلو تعذر جاز له الفسخ.

(۲) لتحقق التسلیم من المؤجر، الذی عرفت أنه موجب لاستقرار ملکیة الأجرة. و هذا مما لا إشکال فیه و لا خلاف، و یشهد له غیر واحد من النصوص.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۴۶

علی عین معینة شخصیة فی وقت معین. و أما إن وقعت علی کلی و عیّن فی فرد و تسلمه، فالأقوی أنه کذلک (۱) مع تعیین الوقت و انقضائه. نعم مع عدم تعیین الوقت فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسماة (۲)، و بقاء الإجارة، و إن کان ضامناً لأجرة المثل لتلک المدة، من جهة تفویته المنفعة علی المؤجر.

[(مسألة ۲): إذا بذل المؤجر العین المستأجرة للمستأجر و لم یتسلم حتی انقضت المدة]

(مسألة ۲): إذا بذل المؤجر العین المستأجرة للمستأجر و لم یتسلم حتی انقضت المدة، استقرت علیه الأجرة (۳).

---

(۱) لأن تسلیم الفرد تسلیم الکلی، فیتحقق التسلیم الذی هو شرط استقرار الأجرة. و نسب الی الشیخ: العدم، لکون المدفوع غیر موضوع الإجارة. لکنه ضعیف کما عرفت، و إن احتمل فی عبارة الشرائع.

(۲) کما هو ظاهر محکی المهذب البارع، و إیضاح النافع. و احتملاه فی عبارة الشرائع، و وجهه- علی ما قیل-: ان جمیع الأزمنة صالح للاستیفاء، و لا تتعین فی زمان القبض، و ضعفه ظاهر، لأن زمان القبض فرد من زمان الإجارة، فالقبض فیه قبض فیه، فلا فرق بین هذه الصورة و ما قبلها، کما صرح به فی المسالک و غیرها. نعم لو کان الموجب لاستقرار الأجرة فی الصورة الأولی تفویت المستأجر للمنفعة فهو غیر حاصل فی هذه الصورة، لأن فوات الموسع إنما یکون بفواته فی جمیع الأزمنة، و لا یکفی فیه فواته فی بعضها. لکنه لیس ذلک هو الوجه، بل الوجه حصول التسلیم، و هو حاصل فی المقام کما عرفت.

(۳) کما صرح به فی الجواهر، حاکیاً نفی الخلاف فیه عن کل من تعرض له. و فی المسالک: «و فی حکم التسلیم ما لو بذل العین فلم یأخذها المستأجر حتی انقضت المدة، أو مضت مدة یمکن فیها الاستیفاء». و نحوه

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۴۷

و کذا إذا استأجره لیخیط له ثوباً معیناً- مثلا- فی وقت معین، و امتنع من دفع الثوب الیه حتی مضی ذلک الوقت، فإنه یجب علیه دفع الأجرة (۱)، سواء اشتغل فی ذلک الوقت- مع امتناع المستأجر من دفع الثوب الیه- بشغل آخر لنفسه أو لغیره، أو جلس فارغاً (۲).

[(مسألة ۳): إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدة التی یمکن إیقاع ذلک فیها]

(مسألة ۳): إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدة التی یمکن إیقاع ذلک فیها (۳)، و کان المؤجر باذلا نفسه، استقرت الأجرة (۴)، سواء کان المؤجر حراً أو عبداً بإذن مولاه. و احتمال الفرق بینهما بالاستقرار فی الثانی دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستیفاء، لا وجه له، لأن

فی القواعد، و عن غیرهما. و یقتضیه عموم اللزوم، لعدم الدلیل علی اعتبار أکثر من ذلک فی استقرار العقد و لزومه.

(۱) لما سبق.

(۲) لاطراد المناط فی استقرار الأجرة فی جمیع الصور، و هو البذل الذی یتحقق به التسلیم.

(۳) تفترق هذه المسألة عن المسألة السابقة: بأن المفروض فی السابقة انقضاء تمام المدة، و فی هذه المسألة انقضاء زمان یمکن فیه العمل، و إن لم یمض تمام المدة. و لذلک لم یقع الخلاف فی المسألة السابقة فی لزوم الأجرة، من جهة صدق التفویت فیها، بخلاف هذه.

(۴) هذا الحکم ربما ینافی ما تقدم منه (ره) فی آخر المسألة الأولی من عدم استقرار الأجرة مع عدم تعیین الوقت، مع أن بذل العین

أولی بصدق التسلیم فیه.

مستمسک العروة الوثقی، ج ١٢، ص: ۴٨

منافعه بعد العقد علیها صارت مالا للمستحق، فاذا بذلها و لم یقبل کان تلفها منه (١) مع أنا لا نسلم أن منافعه لا تضمن.

---

(١) الفرق المذکور ذکره فی جامع المقاصد و غیره، من جهة أن الحر لا یکون تحت الید، فلا تکون منافعه تحت الید بمجرد بذل نفسه، فلا یتحقق تسلیمها إلا باستیفائها. و فیه: ما عرفت من أن التسلیم الذی یتحقق به استقرار الأجرة، و یکون التلف من المستأجر، یتحقق بمجرد التخلیة، بحث لا یکون مانع من استیفاء المنفعة إلا من قبل المستأجر.

و بهذا المعنی یتحقق بمجرد بذل الأجیر نفسه للعمل، کما یتحقق ببذل العین المستأجرة. بل الظاهر أنه لا فرق بین العبد و الحر إلا بالحریة و الرقیة بالإضافة إلی نفسهما. و أما بالإضافة إلی منافعهما فهو: أن منافع العبد مملوکة لمالکه، و منافع الحر غیر مملوکة. و أما من حیث إمکان إثبات الید علی العین، أو علی المنافع تبعاً للعین فیهما فهما سواء. و عدم ضمان الحر بمجرد الید، لعدم ملکیة نفسه إجماعاً لا یقتضی ذلک. کما أن عدم ضمان منافعه بالید علیه، لعدم کونها مملوکة له أیضاً، لا یوجب الفرق بینهما فی ما نحن فیه. مع أن استقرار الأجرة فی إجارة العبد، بمجرد بذل مولاه له، لم یکن من جهة إثبات الید علیه، لیفرق بینه و بین الحر، بأن الحر لا یمکن أن یکون تحت الید، بخلاف العبد، بل إنما کان من جهة تحقق التسلیم الحاصل بالبذل، و إن لم یکن العبد تحت الید.

فلِمَ لا یلتزم بذلک بالنسبة إلی الحر؟!.

هذا و قد یحکی عن شیخنا الأعظم المحقق الأنصاری (ره): الفرق بین کون الإجارة علی عمل جزئی معین و علی عمل کلی، فتستقر فی الأول بالبذل دون الثانی، لأن تسلیم الأول یکون بتسلیم العامل نفسه، و تسلیم الثانی إنما یکون بتسلیم فرده، و هو لا یکون إلا بإیجاده فی الخارج.

مستمسک العروة الوثقی، ج ١٢، ص: ۴٩

إلا بالاستیفاء، بل تضمن بالتفویت أیضاً إذا صدق ذلک (١)، کما إذا حبسه و کان کسوباً، فإنه یصدق فی العرف: أنه فوت علیه کذا مقدار. هذا و لو استأجره لقلع ضرسه فزال الألم بعد العقد لم تثبت الأجرة، لانفساخ الإجارة حینئذ (٢).

[(مسألة ۴): إذا تلفت العین المستأجرة قبل قبض المستأجر]

(مسألة ۴): إذا تلفت العین المستأجرة قبل قبض المستأجر،

لکن عرفت فیما سبق الاشکال فیه، و أن تسلیم الجزئی إذا کان یکفی فی حصوله تسلیم العامل فلِمَ لا یکون تسلیم الفرد الذی به یتحقق تسلیم الکلی کذلک؟!.

و بالجملة: الفرق بین تسلیم الجزئی الذی وقعت علیه الإجارة، و بین تسلیم الجزئی الذی هو مصداق لما وقعت علیه بأنه یکفی فی الأول تسلیم العامل، و لا یکفی فی الثانی، غیر ظاهر.

(١) هذا قد یدعی عدم معقولیته، لأن الضمان إن کان تدارکا للخسارة فالحبس إنما یقتضی فوات فائدة لا الوقوع فی خسارة. و إن کان اشتغال الذمة بالبدل، فمنافع الحر- کنفس الحر- لیس لها أثر فی نظر الشارع کی یمکن تعقل البدلیة عنها، لعدم کونها مملوکة للحر، و لا- هی معنونة بعنوان مثل کونها صدقة أو نحوها، کی یمکن اعتبار البدلیة للمضمون به، کما فی إتلاف الوقف أو العین الزکویة، فإن العین فی المقامین غیر مملوکة لمالک علی التحقیق، لکن معنونة بعنوان کونها وقفاً أو زکاة، فیمکن قیام البدل مقامها فی حفظ العنوان المذکور، و فی المقام منافع الحر کنفس الحر لیست کذلک، فلا معنی لاعتبار البدلیة لشیء عنها. مضافاً الی أن

مقتضى الجمود على قاعدة الإتلاف- التى هى دليل الضمان- الاختصاص بما كان مالًا للغير. فتأمل.

(٢) لصيرورة المنفعة محرمة، فيمتنع أكل المال بإزائها، لأنه أكل بالباطل.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٥٠

بطلت الإجارة (١). و كذا إذا تلفت عقيب قبضـها بلا فصل. و أما إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها فى بعض المدة، فتبطل بالنسبة إلى بقية المـدة، فيرجع من الأـجرة بمـا قابـل المتخلف من المـدة، إن نصـفاً فنصف، و إن ثلثـاً فثلث، مع تساوى الاجزاء بحسب الأوقات، و مع التفاوت تلاحظ النسبة.

[(مسألة ۵): إذا حصل الفسخ فى أثناء المدة]

(مسألة ۵): إذا حصل الفسخ فى أثناء المدة بأحد

---

(١) بلا خلاف نعلمه، كما فى محكى التذكرة. و نحوه فى الجواهر.

و قد يستدل على ذلک: بأن مبنى عقود المعاوضة على المعاوضة الاعتبارية و الخارجية التى هى تبديل سلطنة بسلطنة، فتعذره يقتضى انتفاءهـا. و أشكل عليه فى الجواهر: بأن ذلک خلاف ما ذكروه فى مسألـة تلف المبيع قبل القبض من أنه خلاف الأصل، ثبت بـدليل خاص بالبيع، و لا وجه للتعدى إلى غيره. اللهم إلا أن يكون التعدى إلى المقام دليل على فهم ذلک من الدليل.

هـذا و التحقيق أن الوجه فى البطلان: ما سيأتى من أن اعتبار المنفعـة إنما يصـح فى ظرف وجود العين فعلا، فمع التلف قبل القبض لا منفعـة حتى يصـح اعتبـار الإجـارة، و عليه فبطلاـن الإجـارة من أصـلها- كما نسب إلى العلامـة (ره)- لا من حين التلف كما هو ظاهر المشـهور هنـا، بـل المتسـالم عليه فى تلف المبيع قبـل القبض، لأـن طرف المعاوضـة فى البيع العين، و هى حاصـلة وقت البيع، بخلاف الإجارة، فإن وجود العين فى زمان غير كاف فى اعتبار المنفعـة فى الأزمنـة اللاحقـة، فإذا تلفت العين فى زمان كشف ذلک عن عـدم المنفعـة، فلا تنعقد الإجارة من أصـلها، و إن كان ظاهر المشـهور كون البطلان من حين التلف، كالبطلان فى البيع. و سـيأتى ذلک فى المسألة السابعة.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٥١

أسبابه، تثبت الأـجرة المسـماة بالنسبة إلى مـا مضـى، و يرجع منها بالنسبة إلى ما بقى- كما ذكرنا فى البطلان- على المشـهور (١) و يحتمل قريباً أن يرجع تمام المسـمى، و يكون للمؤجر أجرة المثل بالنسـبة إلى ما مضـى، لأن المفروض أنه يفسـخ العقد الواقع أولا، و مقتضى الفسخ عود كل عوض إلى مالكه. بل يحتمل

---

(١) فإنه ذكر فى الشـرائع: أنه لو تجـدد فسـخ، صـح فيما مضـى و بطل فى الباقى. و لم يتعرض فى الجواهر و المسالک و غيرهما- فى شرح العبـارة المـذكورة- لشـبهة أو إشـكال. و كـذا ذكر فى الإرشـاد، فيما لو انهـدم المسـكن ففسـخ: أنه يرجع بنسـبة المتخلف و لم يتعرض فى مجمع البرهان للإشكال فيه. و كذا ذكره فى الحدائق من دون نقل خلاف أو إشكال.

و لم أقف على من تعرض لخلاف فيه. بل يظهر من كلماتهم أنه من المسلمات. و قد ادعى بعض الأعيان: ظهور اتفاقهم عليه.

و عن بعض توجيهه: بعـدم تعقل الفسـخ فيما مضـى، لانعـدامه، فلا معنى لانتقاله بالفسخ إلى المؤجر. و فيه: أن الانتقال من الاعتبارات الصالحـة للتعلق بالمعدوم، كالموجود. مع أنه منقوض بإجارة العين فضولا، فإن المنفعة قبل الإجارة ملک لمالک العين، و بعد الإجارة ملک للمستأجر.

نعم قـد يشـكل ذلـک من جهـة أن الفسـخ إنما يكون من حينه، لا من حين حـدوث العقـد. و فيه: أنه مسـلم، لكن بالإضافـة إلى تمام

مضـمون العقـد، فلا يجوز الفسخ بالنسـبة إلى بعضه دون بعض، و فى الإجارة المنافع التدريجية بحسب تدرج الزمان، أبعاض موضوع واحد لا يجوز التفكيك بينها فيه، فاذا وقع الفسخ وقع بالنسـبة إلى الجميع. و لا مجال للمقايسة بالتلف فى أثناء المدة، فإن البطلان فى ذلك من أول الأمر، نظير تبعض الصفقة. و يشهد لما ذكرنا ما هو المعروف المدعى عليه الإجماع: أنه لا يجوز

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٥٢

أن يكون الأمر كذلك فى صورة البطلان أيضاً، لكنه بعيد (١).

[(مسألة ۶): إذا تلف بعض العين المستأجرة]

(مسألة ۶): إذا تلف بعض العين المستأجرة، تبطل بنسبته، و يجىء خيار تبعض الصفقة.

[(مسألة ۷): ظاهر كلمات العلماء: أن الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها]

(مسألة ۷): ظاهر كلمات العلماء: أن الأجرة من حين العقـد مملوكة للمؤجر بتمامها، و بالتلف- قبل القبض أو بعده أو فى أثناء المدة- ترجع إلى المسـتأجر كلاـ أو بعضـاً من حين البطلاـن، كما هو الحال عنـدهم فى تلف المبيع قبل القبض لا أن يكون كاشـفاً عن عـدم ملكيتها من الأول. و هو مشكل لأن مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكا للمنفعة إلى

التبعيض فى الرد إذا ظهر عيب فى بعض المـبيع، كمـا لو بـاعه ثوبـاً و خاتمـاً فتـبين عيب فى الثوب. و يشـير اليه مـا ذكروه من وجوب مطابقـة القبول مع الإيجاب، فلو قبل فى بعض المبيع لم يصح العقد. لكن الظاهر بناؤهم على جواز التبعيض فى ما لو كان بعض المبيع حيواناً، فإنه يثبت فيه خيار الحيوان، و يجوز رد الحيوان دون البعض الآخر. بل المشـهور جواز الإقالة فى بعض المبيع دون بعض، و لم ينقل الخلاف فى ذلك إلا من ابن المتوج، على ما حكاه عنه الشهيد.

و الإنصـاف: أن المرتكزات العرفيـة لاـ تساعـد على التبعيض فى المقـامين و إطلاقات مشـروعية الإقالـة و الفسـخ فى مورده لا يصـلح لإثبات قابلية المحل و مع الشك فى القابلية يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر. و هذا بخلاف مسألتنا، فإن الارتكاز العرفى يساعد على التبعيض، و لعله هو الوجه فى التسالم و الاتفاق ظاهرا عليه. فلاحظ.

(١) سيأتى وجهه فى المسألة التاسعة.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٥٣

تمـام المـدة، فلم ينتقـل ما يقابل المتخلف من الأول اليه. و فرق واضـح بين تلف المبيع قبل القبض، و تلف العين هنا، لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجوداً قوبل بالعوض، و أما المنفعـة فى المقام فلم تكن موجودة حين العقـد، و لا فى علم اللّه، إلا بمقدار بقاء العين. و على هذا فاذا تصرف فى الأجرة، يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضولياً. و من هذا يظهر:

أن وجه البطلان فى صورة التلف كلا أو بعضاً انكشاف عدم الملكية للمعوض.

[(مسألة ۸): إذا آجر دابة كلية و دفع فرداً منها فتلف]

(مسألة ۸): إذا آجر دابة كلية و دفع فرداً منها فتلف، لا تنفسخ الإجارة، بل ينفسخ الوفاء (١)، فعليه أن يدفع فرداً آخر.

[(مسألة ۹): إذا آجره داراً فانهدمت]

(مسألة ۹): إذا آجره داراً فانهدمت، فـان خرجت عن الانتفـاع بـالمرة بطلت، فـان كان قبل القبض أو بعـده قبل أن يسـكن فيها أصلا

رجعت الأجرة بتمامها، و إلا فبالنسبة، و یحتمل تمامها فی هذه الصورة أیضاً، و یضمن أجرة المثل بالنسبة إلی ما مضی. لکنه بعید (۲). و إن أمکن الانتفاع بها

---

(۱) لکون المدفوع لیس فرداً لموضوع الإجارة.

(۲) بلا خلاف فی ذلک و لا إشکال، کما فی الجواهر. و کأنه لانحلال العقد إلی عقود متعددة، بتعدد مراتب المنفعة فی الأزمنة التدریجیة و لا تلازم بینها فی الصحة و البطلان، و إن کانت متلازمة فی الفسخ، نظیر موارد تبعض الصفقة، بل المقام منه. و یستفاد ذلک- هنا- من النصوص الواردة فی الموارد المتفرقة، الوارد بعضها فیمن استأجر دابة إلی

مع ذلک، کان للمستأجر الخیار بین الإبقاء و الفسخ (۱).

و إذا فسخ کان حکم الأجرة ما ذکرنا. و یقوی هنا رجوع تمام المسمی مطلقاً، و دفع أجرة المثل بالنسبة إلی ما مضی، لان هذا مقتضی فسخ العقد کما مر سابقاً. و إن انهدم بعض بیوتها بقیت الإجارة بالنسبة إلی البقیة (۲)، و کان للمستأجر خیار تبعض الصفقة. و لو بادر المؤجر إلی تعمیرها، بحیث لم یفت الانتفاع أصلا، لیس للمستأجر الفسخ حینئذ علی الأقوی، خلافاً للثانیین (۳).

مسافة فأعیت

«۱»، و بعضها فیمن استأجر أجیراً لیحفر له بئراً فأعیی

«۲» و فیمن استأجر أجیراً لیحج فمات

«۳». و بالجملة: المقام من البطلان فی البعض من أول الأمر، کما هو باب تبعض الصفقة، لا من باب البطلان الطارئ بالفسخ، فلیسا هما من باب واحد. ثمَّ إنه تقدم من المصنف (ره) فی المسألة الرابعة: الجزم بالبطلان فی البعض دون البعض.

(۱) هذا الخیار من قبیل خیار الرؤیة، لتخلف الوصف.

(۲) یعنی: و بطلت بالنسبة إلی ما انهدم.

(۳) یعنی: المحقق و الشهید الثانیین، فقد اختار الأول فی الجامع، و الثانی فی المسالک: أن للمستأجر الفسخ و إن لم یفت الانتفاع أصلا، لثبوت الخیار بالانهدام، فیستصحب، إذ لم یدل دلیل علی سقوطه بالإعادة.

و فی الجواهر: «قد یناقش فیه بمنع ما یدل علی ثبوته بالانهدام، من حیث کونه انهداماً، و إن لم یفت به شیء من المنفعة علی وجه تنقطع به

---

(۱) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳۵ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱، ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب نیابة الحج.

[(مسألة ۱۰): إذا امتنع المؤجر من تسلیم العین المستأجرة یجبر علیه]

(مسألة ۱۰): إذا امتنع المؤجر من تسلیم العین المستأجرة یجبر علیه، و إن لم یمکن إجباره کان للمستأجر فسخ الإجارة و الرجوع بالأجرة (۱)، و له الإبقاء و مطالبة عوض المنفعة الفائتة. و کذا إن أخذها منه بعد التسلیم، بلا فصل أو فی أثناء المدة (۲). و مع الفسخ

فى الأثناء يرجع بما يقابل

أصالة اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الفرض، و هو خروج عن محل الفرض».

أقول: أبعاض العين المستأجرة: منه ما يكون انهدامه موجباً لفوات المنفعة حين الانهدام، و منه ما لا- يكون كذلك، لاختصاص الانتفاع به بغير زمان الانهدام، كما إذا انهدم درج السطح أو السرداب فى أيام الشتاء فإنه لا يوجب نقصاً فى المنفعة. أما القسم الثانى: فلا- ينبغى التأمل فى عدم اقتضائه البطلان. و أما القسم الأول: فإن كان فوات المنفعة بنحو يعتد به، فلا ينبغى التأمل فى البطلان فيه، لانتفاء المعاوضة بالنسبة إليه، لانتفاء موضوعها. و إن كان بنحو لا يعتد به، فالظاهر عدم اقتضائه البطلان و لا الخيار. و مما ذكرنا يظهر جريان ما ذكر فى انهدام الكل، و تجىء فيه الأحكام. فاذا انهدم الدكان فى أثناء الليل فإعادة قبل الصبح لم يقتض شيئاً. و لعله أشار بعض الأعاظم فى حاشيته إلى ما ذكرنا. فراجع.

(۱) كما حكى عن جماعة، و اختاره فى الشرائع، لأن مبنى المعاوضات على التسليم، فمع تعذره يثبت الخيار. و عن الشيخ و العلامة فى التذكرة:

انفساخ الإجارة، تنزيلا لذلك منزلة التلف قبل القبض. و هو كما ترى، إذ التلف يكشف عن انتفاء المنفعة، و لا موجب لهذا التنزيل.

(۲) لأن المنفعة لما كانت تدريجية فأخذ العين بعد القبض يوجب عدم تحقق القبض بالنسبة إلى المنفعة اللاحقة، و لذا نسب الخيار المذكور إلى جماعة: لكن فى جامع المقاصد و عن المسالك: لزوم العقد لتحقق

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۵۶

التخلف من الأجرة. و يحتمل قوياً رجوع تمام الأجرة و دفع أجرة المثل لما مضى (۱)- كما مر نظيره سابقاً- لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين إلى مالكهما الأول.

لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور.

[(مسألة ۱۱): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض]

(مسألة ۱۱): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخير بين الفسخ (۲) و الرجوع بالأجرة (۳)، و بين الرجوع على الظالم بعوض ما فات. و يحتمل قوياً تعين الثانى (۴) و إن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض يتعين الوجه الثانى (۵)

التسليم المعتبر فى اللزوم بالتسليم قبل الأخذ. و هو غير بعيد، لأن القبض المعتبر ارتكازاً عند العرف يراد به قبض العين، و إن كان لا يخلو من خفاء.

(۱) كما تقدم منه (ره)، و تقدم تقريبه.

(۲) لما سبق فى منع المؤجر.

(۳) على المالك المؤجر. و فى جامع المقاصد و عن غيره: احتمال جواز الرجوع إلى المؤجر بأجرة المثل، لأنها مضمونة عليه. لكن دفعه فى المسالك: بأن ضمان المؤجر ضمان المعاوضة، بمعنى: الرجوع إلى المسمى بعد الفسخ أو الانفساخ لا ضمان يد، كما هو ظاهر.

(۴) لكن الأقوى خلافه، لما عرفت من أن تعذر التسليم الذى عليه تبتنى المعاوضة موجب للخيار، من دون فرق بين أن يكون لمنع المؤجر، أو لمنع الظالم، أو لغير ذلك.

(۵) بلا- خلاف كما قبل. و ما تقدم فى أخذ المؤجر بعد التسليم غير آت هنا كما قيل. لكن الفرق لا يخلو من خفاء، فان منع الظالم

قبل القبض إذا کان قادحاً فی حصول التسلیم الذی تبتنی علیه المعاوضة، کان

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۵۷

فلیس له الفسخ حینئذ، سواء کان بعد القبض فی ابتداء المدة أم فی أثنائها. ثمَّ لو أعاد الظالم العین المستأجرة فی أثناء المدة إلی المستأجر فالخیار باق (۱)، لکن لیس له الفسخ إلا فی الجمیع. و ربما یحتمل جواز الفسخ بالنسبة إلی ما مضی من المدة فی ید الغاصب (۲)، و الرجوع بقسطه من المسمی و استیفاء باقی المنفعة. و هو ضعیف، للزوم التبعیض فی العقد، و إن کان یشکل الفرق بینه و بین ما ذکر من مذهب المشهور من إبقاء العقد فیما مضی و فسخه فیما بقی، إذ إشکال تبعیض العقد مشترک بینهما.

[(مسألة ۱۲): لو حدث للمستأجر عذر فی الاستیفاء]

(مسألة ۱۲): لو حدث للمستأجر عذر فی الاستیفاء کما لو استأجر دابة لتحمله إلی بلد، فمرض المستأجر و لم یقدر- فالظاهر البطلان.

مانعاً کذلک بعد القبض بالإضافة إلی المنفعة اللاحقة.

(۱) قطعاً، کما فی جامع المقاصد، لفوات المعقود علیه و هو مجموع المنفعة، و لأنه قد ثبت له الخیار بالغصب و الأصل بقاؤه، لکن الأصل لا یعارض عموم لزوم العقود. فالعمدة الوجه الأول.

(۲) قال فی القواعد: «فیه نظر». و فی جامع المقاصد: «ینشأ من أن فوات المنفعة- و هی المعوض- یقتضی الرجوع إلی العوض، و هو الأجرة المسماة، و الفوات فی هذه الصورة مختص بالمنفعة الماضیة، فاستحق الفسخ فیها. و من أن ذلک مقتض لتبعض الصفقة، و هو خلاف مقتضی العقد، فاما أن یفسخ فی الجمیع أو یمضی فی الجمیع .. إلی أن قال: و هو الأصح».

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۵۸

إن اشترط المباشرة (۱) علی وجه القیدیة (۲). و کذا لو حصل له عذر آخر. و یحتمل عدم البطلان (۳). نعم لو کان هناک عذر عام بطلت قطعاً (۴)، لعدم قابلیة العین للاستیفاء حینئذ (۵).

[(مسألة ۱۳): التلف السماوی للعین المستأجرة]

(مسألة ۱۳): التلف السماوی للعین المستأجرة أو لمحل العمل موجب للبطلان، و منه إتلاف الحیوانات. و إتلاف

---

(۱) لتعذر المنفعة المشروطة، و مع عدم المنفعة لا مجال لصحة الإجارة.

و لا یکفی فی الصحة مجرد قابلیة العین للمنفعة فی نفسها، کما لا یخفی بعد التأمل.

(۲) بأن تؤخذ المباشرة قیداً علی نحو وحدة المطلوب. أما إذا کان أخذها علی نحو تعدد المطلوب، کان لصاحب الشرط الخیار، نظیر ما لو باعه شیئاً موصوفاً فتعذر الوصف، فالمستأجر یکون له الخیار بین الفسخ و الرضا بذات المقید.

(۳) قال فی القواعد: «و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستیفاء- کما لو استأجر جملا للحج فتنقطع السابلة- فالأقرب تخیر کل من المؤجر و المستأجر فی الفسخ و الإمضاء». و فیه: ما عرفت. مع أن الوجه فی تخیر المؤجر لا یخلو من خفاء: إذ لا خلل فی مقصده.

(۴) لکن فی القواعد: «لو استأجر داراً للسکنی، فحدث خوف عام یمنع من السکنی فی ذلک البلد ففی تخیر المستأجر نظر». و فی جامع المقاصد: «فی ثبوت التخییر قوة». و فیه: ما عرفت من عدم المنفعة التی هی شرط صحة الإجارة، و قد تقدم: أن فی حاق الإجارة المعاوضة علی المنفعة، و لا مجال لتحقق المعاوضة مع عدم المنفعة خارجاً.

(۵) عبارة التعلیل لا تخلو من مسامحة.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۵۹

المستأجر بمنزلة القبض (۱). و إتلاف المؤجر موجب للتخییر بین ضمانه و الفسخ (۲). و إتلاف الأجنبی موجب لضمانه (۳).

و العذر العام بمنزلة التلف. و أما العذر الخاص بالمستأجر- کما إذا استأجر دابة لرکوبه بنفسه فمرض و لم یقدر علی المسافرة أو رجلا لقلع سنه فزال ألمه، أو نحو ذلک- ففیه إشکال.

و لا یبعد أن یقال: إنه یوجب البطلان إذا کان بحیث لو کان قبل العقد لم یصح معه العقد (۴).

[(مسألة ۱۴): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فیما ینافی حق الاستمتاع]

(مسألة ۱۴): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فیما ینافی حق الاستمتاع وقفت علی إجازة الزوج، بخلاف ما إذا لم یکن منافیاً، فإنها صحیحة. و إذا اتفق إرادة الزوج للاستمتاع کشف عن فسادها.

---

(۱) لا یخلو من إشکال، لأن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العین خارجاً، و لا یکفی فیه الوجود الفرضی و لو کان ذمیاً. و منه یظهر الاشکال فیما بعده، و إن کان یظهر من الجواهر و غیرها التسالم علیه.

(۲) أما الضمان: فلأن إتلاف العین إتلاف للمنفعة، و هو موجب لضمانها. و أما الفسخ: فلتخلف المقصود، و هو الانتفاع الخاص بالعین.

و یظهر من کلام غیر واحد: المفروغیة عن ثبوت الخیار لذلک.

(۳) الموجب للفسخ فی إتلاف المؤجر موجود هنا أیضاً، فالفرق بینهما فی ذلک غیر ظاهر.

(۴) بأن یکون موضوع المعاوضة خصوص انتفاع شخص المستأجر، أما إذا کان التقیید علی نحو تعدد المطلوب یکون المقام من باب تخلف الوصف، کما عرفت.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۶۰

[(مسألة ۱۵): قد ذکر سابقاً: ان کلًا من المؤجر و المستأجر یملک ما انتقل إلیه بالإجارة بنفس العقد]

(مسألة ۱۵): قد ذکر سابقاً: ان کلًا من المؤجر و المستأجر یملک ما انتقل إلیه بالإجارة بنفس العقد، و لکن لا یجب تسلیم أحدهما إلا بتسلیم الآخر. و تسلیم المنفعة بتسلیم العین. و تسلیم الأجرة باقباضها إلا إذا کانت منفعة أیضاً، فبتسلیم العین التی تستوفی منها. و لا یجب علی واحد منهما الابتداء بالتسلیم. و لو تعاسرا أجبرهما الحاکم. و لو کان أحدهما باذلا دون الآخر و لم یمکن جبره کان للأول الحبس. إلی أن یسلم الآخر. هذا کله إذا لم یشترط فی العقد تأجیل التسلیم فی أحدهما، و إلا کان هو المتبع.

هذا و أما تسلیم العمل: فان کان مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزیارة و نحوها فبإتمامه، فقبله لا یستحق المؤجر المطالبة و بعده لا یجوز للمستأجر المماطلة، إلا أن یکون هناک شرط أو عادة فی تقدیم الأجرة، فیتبع، و إلا فلا یستحق حتی لو لم یمکن له العمل إلا بعد أخذ الأجرة، کما فی الحج الاستئجاری إذا کان المؤجر معسراً. و کذا فی مثل بناء جدار داره أو حفر بئر فی داره أو نحو ذلک (۱)، فإن إتمام العمل تسلیم، و لا یحتاج إلی شیء آخر. و أما فی مثل الثوب الذی أعطاه

---

(۱) لا یظهر الفرق بین بناء الجدار و حفر البئر و خیاطة الثوب، فی أن کل واحد منها له أثر خارجی، لا یکون تسلیم الأثر إلا بتسلیم المحل و لعل المراد: صورة ما إذا کانت الدار التی فیها الجدار و البئر فی ید المالک، فحینئذ لا ریب فی حصول التسلیم بمجرد تمام العمل. و لعله ظاهر العبارة الآتیة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۱

لیخیطه، أو الکتاب الـذی یکتبه، أو نحو ذلـک مما کان العمل فی شـیء بیـد المؤجر: فهل یکفی إتمامه فی التسـلیم، فبمجرد الإتمام یسـتحق المطالبـة، أولا إلا بعد تسـلیم مورد العمل، فقبل أن یسـلم الثوب- مثلا- لا یسـتحق مطالبة الأجرة؟ قولان، أقواهما: الأول (۱)، لأن المستأجر علیه نفس العمل، و المفروض

---

(۱) کما اختاره فی الجواهر، تبعاً لما فی الشـرائع و ظاهر غیرها، للوجه المـذکور فی المتن. و الثانی: ظاهر القواعـد، و حکی عن جملة أخری، و اختاره بعض الأعاظم فی حاشیته فقال: «بل الثانی، و ضابط ذلک هو:

أنه لما کانت مالیـة العمل باعتبار نفس صـدوره من العامل- کالعبادات مثلا و حفر البئر و بناء الجـدار و حمل المتاع و نحوه من مکان إلی آخر- فالفراغ عن العمل تسلیمه. و إن کان الأثر المتولد منه هو مناط مالیته- کالخیاطة و القصارة و الصیاغة و نحو ذلک- فذلک الأـثر یملـک تبعـاً لتملـک العمـل، و یتوقف تسـلیم ما آجر نفسه له علی تسـلیمه بتسـلیم مورده علی الأقوی. و لو تلف قبل ذلک بعد الفراغ عن العمـل المسـتأجر له- کالخیاطـة مثلا- کان بالنسـبة إلی متعلق الإجارة من التلف قبل القبض الموجب لانفساخها. و لو أتلفه المؤجر أو أجنبی یتخیر المالـک فی فسـخ الإجـارة. فیسـتوفی قیمـة الثوب غیر مخیـط ممن أتلفه، أو إمضائها فیسـتوفی قیمته مخیطاً، و یدفع الی العامل قیمة الخیاطة. و یثبت للعامل حق حبس العین بعد إتمام العمل الی ان یستوفی أجرته».

أقول: قوله فی الحاشـیة المـذکورة: «کالعبادات» لا یخلو من نظر، فإن مالیة الأفعال المذکورة إنما هو بلحاظ ما یترتب علیها من الآثار، لا بلحاظها فی نفسـها، و لا سـیما فی مثل بناء الجدار، فان الفرق بینه و بین خیاطة الثوب فی غایة الخفاء. فإن الصـفة الحادثة فی الثوب من الخیاطة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۲

.....

بعینها الصفة الحادثة فی الجدار من البناء. و هی فی المقامین منشأ الرغبة فی العمل، التی هی الموجب لاعتبار المالیة فیهما.

و ربمـا یحتمـل أن یکون وجه الفرق بین الأمثلـة المـذکورة: أن الأثر المترتب علی العمل فی القسم الأول لیس له وجود خارجی، فإن نقـل المتـاع من مکـان إلی آخر، إنمـا یترتب علیه إضافـة الظرفیـة إلی المکـان الثانی، و لیس هناک وجود زائـد علی وجود الظرف و المظروف، و نحوه بنـاء الجـدار، و حفر البئر، إذ لا- یترتب علی الأـول إلا- اتصال الحجارة بالطین، و لا علی الثانی إلا فصل التراب عن موضـعه. و کذا أمثالها مما لا یترتب علی الأعمال فیها إلا الإضافات الخاصة، بخلاف مثل صبغ الثوب، فان اللون موجود خارجی زائد علی موضوعه.

و فیه: أن ذلـک جـار بعینه فی مثـل الخیاطـة و الصـیاغة، فـإن المترتب علیه لیس إلا- الهیئـة الخاصـة، الحاصـلة من تقـارب الأجزاء أو تواصلها.

مع أن کون الأمور المذکورة لیست موجودات خارجیة و أنها إضافات خارجیة لا یستوجب الفرق بینها و بین مثل السواد و البیاض فی الحکم المـذکور، فـان العرف لا یفرق بینهما فی جمیع الأحکام، فان کان مثل السواد و البیاض مملوکاً فهی أیضاً مملوکـة، و إن کان مثلها مناط المالیة فهی أیضاً کذلک.

و إن کان مثلها مما تصح الإجارة علیه فهی أیضاً کذلک، و إن کان تسلیم العمل بتسلیمها فهی أیضاً کذلک، فالفرق بینهما غیر ظاهر.

قوله- فی الحاشیة-: «تبعاً لتملک»: لا إشکال فی أن الأثر یملک تبعاً للعمل، لأنه متولد منه، إلا أن هذا المقدار لا یستوجب کون الأثر موضوعاً للمعاوضـة المأخوذة فی حاق الإجارة، لمباینته للعمل الـذی هو تمام موضوعها، و حینئذ لا یکون عقد الإجارة موجباً لتسـلیمه

فی ظرف تسلم الأجرة. هذا مضافاً الی أن تملک الأثر بالتبعیة لا یتوقف علی کون

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۳

أنه قد حصل، لا الصفة الحادثة فی الثوب- مثلا- و هی المخیطة (۱)، حتی یقال: إنها فی الثوب و تسلیمها بتسلیمه.

و علی ما ذکرنا: فلو تلف الثوب- مثلا- بعد تمام الخیاطة فی ید المؤجر بلا ضمان یستحق أجرة العمل، بخلافه علی القول الآخر (۲).

و لو تلف مع ضمانه أو أتلفه، وجب علیه قیمته

مالیة العمل بلحاظ ترتبه، فإنه لو کانت مالیة العمل بلحاظ نفسه، و کان یترتب علیه أثر عینی خارجی أیضاً یکون مملوکاً لمالک.

فالضابط- علی هذا- ینبغی أن یکون هکذا: یعنی: أن العمل المستأجر علیه قسمان:

الأول: ما لا یکون له أثر فی موضوع. و الآخر: ما یکون له أثر عینی فی موضوع. فالأول: لا إشکال فی حصول تسلیمه بإتمامه، و استحقاق الأجرة به. و الثانی: فیه القولان المذکوران.

قوله- فی الحاشیة-: «یتخیر المالک»: یعنی: لا تبطل الإجارة بالتلف المذکور، لأن التالف لما کان مضموناً لم یکن من التلف قبل القبض، بل من قبیل تخلف الوصف قبل القبض، الموجب للخیار.

(۱) لأنها عین، و الإجارة انما تکون علی المنفعة التی تنطبق علی العمل لا علی العین.

(۲) فإنه لا یستحق الأجر، لبطلان الإجارة بالتلف قبل القبض.

لکن هذا مبنی علی التعدی من البیع إلی الإجارة، و هو غیر ظاهر کما تقدم فی المسألة السابعة، و تعرضنا له فی شرح المسألة الرابعة. إلا أن یقال:

إذا کان وجوب التسلیم مشروطاً بإمکانه، فمع التلف لا یجب التسلیم، و إذا کان الشیء لا یجب تسلیمه أبداً لا یصح اعتبار الملکیة له. لکن ذلک غیر البطلان. أو أن مقصودهم من أن التلف موجب للبطلان: أنه لا یجب معه التسلیم.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۴

مع وصف المخیطیة لا قیمته قبلها، و له الأجرة المسماة.

بخلافه علی القول الآخر، فإنه لا یستحق الأجرة و علیه قیمته غیر مخیط. و أما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه القیمة مع الوصف. فبعید، و إن کان له وجه (۱). و کذا یتفرع علی ما ذکر: أنه لا یجوز حبس العین بعد إتمام العمل إلی أن یستوفی الأجرة (۲)، فإنها بیده أمانة، إذ لیست هی و لا الصفة التی فیها مورداً للمعاوضة، فلو حبسها ضمن، بخلافه علی القول الآخر.

---

(۱) یمکن أن یکون الوجه فیه ما أشرنا إلیه، من عدم بطلان الإجارة بالتلف، غایة الأمر أنه لا یستحق الأجیر المطالبة بالأجرة، و لا یجب علی المستأجر تسلیمها، إذ علی هذا تکون الصفة ملکاً للمستأجر، فیضمنها الأجیر للمستأجر، و لا تجوز له المطالبة بالأجرة. نعم بناء علی أن التلف قبل القبض موجب للبطلان فی الإجارة کالبیع یکون التلف موجباً لرجوع العمل ملکاً للعامل، فیتبعه أثره، و لا موجب لضمان العامل، لأنه له لا لغیره. لکن یشکل هذا الوجه: بأن الصفة إذا کانت مضمونة للمستأجر فقد سلمت إلیه بدفع البدل، فیجب علیه دفع الأجرة لحصول التسلیم من طرفه، و لا فرق فی ذلک بین القول بکون الضمان معاوضة، و کونه تدارک خسارة، لأن تدارک الخسارة أیضاً نوع من التسلیم، فیجب معه التسلیم من الطرف الآخر. و إن شئت قلت: الأصل وجوب التسلیم الا ما خرج، و المتیقن منه صورة عدم التسلیم من الطرف الآخر من کل وجه. فلاحظ.

(۲) کما جزم به فی القواعد. و فی الجواهر: أنه مناف لما سبق منه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۵

[(مسألة ۱۶): إذا تبین بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر]

(مسألة ۱۶): إذا تبین بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر، و استحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة (۱)، أو فاتت تحت یده (۲) إذا کان جاهلا بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر (۳).
و أما إذا کان عالماً فیشکل ضمان المستأجر، خصوصاً إذا کان جاهلا، لأنه بتسلیمه العین الیه قد هتک حرمة ماله، خصوصاً إذا کان البطلان من جهة جعل الأجرة ما لا یتمول شرعاً أو عرفا، أو إذا کان أجرة بلا عوض. و دعوى: أن إقدامه و إذنه فی الاستیفاء إنما هو بعنوان الإجارة، و المفروض عدم تحققها، فإذنه مقید بما لم یتحقق. مدفوعة: بأنه إن کان المراد کونه مقیداً بالتحقق شرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم

من عدم استحقاق الأجرة بإتمام العمل.
(۱) العمدة فی دلیله الإجماع. و الاستدلال له بما دل على احترام مال المسلم
«۱» أو قاعدة الضرر
«۲»، غیر ظاهر، کما حرر ذلک فی قاعدة: (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده). مضافاً إلى ما یستفاد من صحیح أبی ولاد المشهور
«۳»، فإنه تضمن ضمان الانتفاعات المستوفاة.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۲، ص: ۶۵
(۲) دلیله غیر ظاهر، و الإجماع المدعى علیه فی التذکرة لا مجال للرکون الیه، لنقل الخلاف من جماعة، کما حرر ذلک فی محله.
(۳) فإنه فی هذه الحال یکون آثماً عاصیاً، فأولى أن یؤخذ بأشق الأحوال.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵۲ من أبواب أحکام العشرة حدیث: ۱۲ و باب: ۳ من أبواب مکان المصلی حدیث: ۱، ۳.
(۲) تقدمت الإشارة إلى مستند القاعدة من النصوص فی صفحة: ۳۹.
(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.
مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۶
الصحة شرعاً لا یعقل قصد تحققه إلا على وجه التشریع المعلوم عدمه (۱). و إن کان المراد تقیده بتحققها الإنشائی فهو حاصل. و من هنا یظهر حال الأجرة أیضاً، فإنها لو تلفت فی ید المؤجر یضمن عوضها، إلا إذا کان المستأجر عالماً ببطلان الإجارة و مع ذلک دفعها إلیه. نعم إذا کانت موجودة له أن یستردها. هذا و کذا فی الإجارة على الأعمال، إذا کانت باطلة یستحق العامل أجرة المثل لعمله، دون المسماة إذا کان جاهلًا بالبطلان. و أما إذا کان عالماً فیکون هو المتبرع بعمله، سواء کان بأمر من المستأجر أولا، فیجب علیه رد الأجرة المسماة أو عوضها، و لا یستحق أجرة المثل. و إذا کان المستأجر أیضاً عالماً فلیس له مطالبة الأجرة مع تلفها، و لو مع عدم العمل من المؤجر.

[(مسألة ۱۷): یجوز إجارة المشاع]

(مسألة ۱۷): یجوز إجارة المشاع، کما یجوز بیعه و صلحه و هبته، و لکن لا یجوز تسلیمه إلا بإذن الشریک إذا کان مشترکا. نعم إذا کان المستأجر جاهلا بکونه مشترکا کان له خیار الفسخ للشرکة، و ذلک کما إذا آجره داره فتبین أن

---

(۱) هذا غیر ظاهر، بل المرتکز فی ذهن المتعاملین فی أمثال المقام قصد المعاملة الشرعیة بالسبب الخاص، فالتشریع یکون فی السبب، و الدفع یکون مقیداً بملکیة المدفوع الیه شرعاً، و إن کان لأجل التشریع فی سببها.

و هکذا الکلام فی الأجرة و إجارة العامل، فان الدفع فی جمیع ذلک إنما کان بعنوان استحقاق المدفوع الیه، لا بعنوان کونه غیر مستحق له، بل مستحق للدافع و العامل، و التبرع الخارج عن عموم الضمان مختص بالأخیر لا غیر.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۷

نصفها للغیر، و لم یجز ذلک الغیر، فان له خیار الشرکة، بل و خیار التبعض. و لو آجره نصف الدار مشاعاً، و کان المستأجر معتقداً أن تمام الدار له فیکون شریکا معه فی منفعتها، فتبین أن النصف الآخر مال الغیر فالشرکة مع ذلک الغیر، ففی ثبوت الخیار له حینئذ وجهان (۱). لا یبعد ذلک إذا کان فی الشرکة مع ذلک الغیر منقصة له.

[(مسألة ۱۸): لا بأس باستئجار اثنین داراً علی الإشاعة]

(مسألة ۱۸): لا بأس باستئجار اثنین داراً علی الإشاعة، ثمَّ یقتسمان مساکنها بالتراضی أو بالقرعة (۲).

---

(۱) أقواهما عدمه، لأن الموجب للخیار تخلف المقصود العقدی و کون الشریک زیداً أو عمراً لا دخل له فی ذلک.

(۲) هذا من قبیل قسمة المنافع، و قد صرح جماعة- منهم العلامة فی القواعد- بعدم وجوب الإجابة إلیها، و لو وقعت الإجابة جاز الفسخ حتی لو تصرف أحدهما علی طبق القسمة. نعم لو تصرفا معاً علی طبق القسمة لم یجز الرجوع إلا بالتراضی، و کأنه لعدم الدلیل علی عموم الإجابة إلیها، بل عدم الدلیل أیضاً علی صحتها من حیث أنها قسمة، لاختصاص أدلة مشروعیتها بقسمة الأعیان، و لا تشمل المنافع. نعم لو وقع الصلح بینهم علی القسمة کان لازماً، عملًا بعموم دلیله.

اللهم إلا أن یتمسک بعموم الوفاء بالعقود، فإنها نوع منها، و حینئذ یجب البناء علی لزومها، و لا یصح الرجوع عنها. نعم لا تجب الإجابة إلیها لعدم الدلیل علیه، و لکونه خلاف قاعدة السلطنة. و أما التفکیک بین تصرفهما و تصرف أحدهما، فیجوز الرجوع فی الثانی دون الأول، فغیر ظاهر الوجه، لأنها إن کانت جائزة بعد تصرف أحدهما فقط فلتکن

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۸

و کذا یجوز استئجار اثنین دابة للرکوب علی التناوب، ثمَّ یتفقان علی قرار بینهما بالتعیین، بفرسخ فرسخ، أو غیر ذلک و إذا اختلفا فی المبتدئ یرجعان إلی القرعة. و کذا یجوز استئجار اثنین دابة- مثلا- لا علی وجه الإشاعة. بل نوباً معینة بالمدة أو بالفراسخ. و کذا یجوز إجارة اثنین نفسهما علی عمل معین علی وجه الشرکة، کحمل شیء معین لا یمکن إلا بالمتعدد.

[(مسألة ۱۹): لا یشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد علی الأقوی]

(مسألة ۱۹): لا یشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد علی الأقوی، فیجوز أن یؤجره داره شهراً متأخراً عن العقد بشهر أو سنة، سواء کانت مستأجرة فی ذلک الشهر الفاصل أم لا. و دعوی البطلان (۱) من جهة عدم القدرة علی التسلیم کما تری، إذ التسلیم لازم فی زمان الاستحقاق لا قبله. هذا و لو آجره داره شهراً و أطلق، انصرف الاتصال بالعقد.

نعم لو لم یکن انصراف بطل (۲).

جائزة بعد تصرفهما. و کأنه لذلک تنظر فی الجواهر فی الجملة فیما ذکره الجماعة.

(۱) حکی عن الشیخ و أبی الصلاح، و علل بما فی المتن. و ظاهر محکی کلام الأول: أن الوجه فیه عدم الدلیل علی الصحة. و هو کما تری، فان عموم الوفاء بالعقود کاف فی الدلالة علیها.

(۲) للإبهام.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۶۹

[فصل العین المستأجرة فی ید المستأجر أمانة]

اشارة

فصل العین المستأجرة فی ید المستأجر أمانة، فلا یضمن تلفها أو تعیبها إلا بالتعدی أو التفریط (۱). و لو شرط المؤجر

(۱) إجماعاً بقسمیه علیه، کما فی الجواهر. و یستفاد من النصوص الواردة فی ضمان المستأجر إذا تعدی، فان مفهومها یقتضی عدم الضمان مع عدمه، کصحاح علی بن جعفر

، و الحلبی

، و أبی ولاد

«۱»، و غیرها و

فی صحیح محمد بن قیس: «قال أمیر المؤمنین (ع): و لا یغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم یکرهها أو یبغها غائلة» «۲».

و بالجملة: الحکم المذکور لا إشکال فیه. و أما ما دل علی عدم ضمان الأمین

«۳» ففی شموله للمقام إشکال، لأن الظاهر منه الأمین علی الحفظ، و هو غیر ما نحن فیه.

و أما

صحیح الحلبی: «عن رجل استأجر أجیراً، فأقعده علی متاعه.

فسرق. قال (ع): مؤتمن» «۴»

فیحتمل أن یکون المراد منه المؤتمن علی الحفظ، فلا مجال للاستدلال به علی المقام. نعم

فی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «صاحبا الودیعة و البضاعة مؤتمنان .. و قال:

لیس علی مستعیر عاریة ضمان، و صاحب العاریة و الودیعة مؤتمن» «۵»

، و دلالته علی عدم ضمان المؤتمن علی المال ظاهرة. و یعضدها ما دل علی عدم

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۶، ۳، ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳۲ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۴ من أبواب أحکام الودیعة.

(۴) الوسائل باب: ۴ من أبواب أحکام الودیعة حدیث: ۴.

(۵) الوسائل باب: ۱ من أبواب أحکام العاریة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۰

علیه ضمانها بدونهما فالمشهور (۱) عدم الصحة (۲). لکن

ضمان الأجیر

«۱»، و المستأجر

«۲»، و المرتهن

«۳»، و المستعیر

«۴»، و العامل

«۵»، و نحوهم من المؤتمنین. فیمکن استفادة قاعدة عدم ضمان الأمین بالمعنی الأعم، و یخرج به عن عموم:

(علی الید ما أخذت حتی تؤدی) «۶»

، بناء علی عمومه للأمانة کما هو الظاهر. و علی هذا فعدم ضمان المستأجر کما یستفاد من الأدلة الخاصة، یستفاد من القاعدة المذکورة.

(۱) فی مفتاح الکرامة عن المرتضی: الصحة. بل ظاهر کلامه المحکی: أنه إجماع. و عن الأردبیلی و الکفایة: موافقته. و فی الریاض: أنه أظهر.

(۲) لما دل علی عدم ضمان الأمین، فیکون شرط الضمان مخالفاً للکتاب «۷». و دعوی أن عدم ضمانه لعدم المقتضی، فلا یکون الشرط حینئذ مخالفاً للکتاب، لاختصاص المخالف بما کان علی خلاف الحکم الاقتضائی لا مطلقاً. مندفعة: بأن عموم (علی الید ..) بعد ما کان شاملا لید الأمین، ظاهر فی وجود مقتضی الضمان فی یده، فعدم ضمانه لا بد أن یکون لمقتضی العدم. مع أن الشک فی کونه من باب التزاحم. فیکون

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة.

(۲) الوسائل باب: ۳۲ من أبواب أحکام الإجارة.

(۳) الوسائل باب: ۵ من أبواب أحکام الرهن.

(۴) الوسائل باب: ۱ من أبواب أحکام العاریة.

(۵) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب أحکام الإجارة.

(۶) مستدرک الوسائل باب: ۱ من أبواب أحکام الغصب حدیث: ۴، و باب: ۱۲ من أبواب الودیعة حدیث: ۱۲ و کنز العمال الجزء: ۵ حدیث: ۵۱۹۷.

(۷) لقوله تعالی (مَا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ) التوبة: ۹۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۱

.....

عدم الضمان اقتضائیاً، و کونه من باب التخصیص کاف فی عدم جواز الرجوع إلی عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» «۱»

، لکون الشبهة حینئذ مصداقیة. و أصالة عدم المخالفة للکتاب موقوفة علی استصحاب العدم الأزلی اللهم إلا أن یقال: المرتکز عند

العقلاء کون خروج ید الأمین من باب التخصیص، فیکون عدم الضمان لعدم المقتضی، لا من باب التزاحم، و حینئذ یشکل البناء علی فساد الشرط، لأجل کونه مخالفاً للکتاب.

اللهم إلا أن یوجه الفساد بأنه من باب شرط النتیجهٔ- کما أشار إلی ذلک فی الجواهر هنا- فان التحقیق بطلان شرط النتیجهٔ، إذ النتائج لا تقبل أن تکون مضافهٔ إلی مالک، فلا تکون شرطاً، إذ التحقیق أن الشرط مملوک للمشروط له، فاذا امتنع أن تکون مملوکهٔ امتنع أن تشترط ملکیتها. نعم إذا کانت فی العهدهٔ جاز أن تکون مملوکهٔ، لکنها حینئذ تخرج عن کونها شرط نتیجهٔ، بل تکون من قبیل شرط الفعل، و لیس هو محل الکلام. مثلا إذا قال: بعتک داری و لک علی أن أملکک فرسی، کان من شرط الفعل، و لا إشکال فی جوازه. و إذا قال: و لک علی ملکیهٔ فرسی، و قصد المعنی الأول، کان أیضاً من شرط الفعل و کان صحیحاً.

و إذا قصد أن له ملکیهٔ الفرس من دون أن تکون فی عهدهٔ المشروط علیه، کان من شرط النتیجهٔ، و کان مورداً للإشکال المذکور، من أن النتائج إذا لم تکن فی العهدهٔ لا تصلح لأن تکون طرفاً لإضافهٔ الملکیهٔ. و کذلک سائر الأعیان التی لا وجود لها فی الخارج، إذا لم تکن فی العهدهٔ لا تکون مملوکهٔ أیضاً.

هذا مضافاً: إلی أن مفاد صیغهٔ الشرط مجرد جعل التملیک بین المشروط له و الشرط، لا جعل الشرط المملوک، فإن الصیغهٔ لا تتکفله،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴.

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۲

الأقوی صحته. و أولی بالصحهٔ إذا اشترط علیه أداء مقدار

فاذا لم یکن مجعولا لم یکن ثابتاً، فلا یکون شرط النتیجهٔ موجباً لتحقق النتیجهٔ، و لا یصح حینئذ ترتیب الأثر علیها. و لیس المراد من بطلان شرط النتیجهٔ إلا هذا المعنی، أعنی: عدم ترتب النتیجهٔ علیه.

ثمَّ إن الإشکالین المذکورین فی شرط النتیجهٔ، إنما یمنعان عنه إذا کان مفاد الشرط فی العقد تملیک الشرط للمشروط له، کما هو الظاهر، و یقتضیه مناسبته بباب شرط الفعل، و باب الإقرار، و نحوهما. أما لو کان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فمرجعه إلی إنشاء شرط النتیجهٔ فی ضمن العقد، و لا بأس به عملا بعموم نفوذ الشرط، إلا إذا کان مفهومه لا ینشأ إلا بسبب خاص، فان عموم الشرط حینئذ لا یصلح لتشریع صحهٔ إنشائه بدون ذلک السبب، لأنه یکون مخالفاً للکتاب، فیدخل فی الشرط الباطل.

ثمَّ إن ما ورد فی النصوص من شرط النتیجهٔ، کشرط الضمان فی العاریهٔ، و شرط الضمان فی المسألهٔ الآتیهٔ، لا بد إما أن یحمل علی شرط الفعل بأن یکون المقصود من شرط الضمان شرط تدارک خسارهٔ التالف، کما سیأتی فی کلام المصنف، و إما أن یکون المقصود إنشاء النتیجهٔ نفسها فی ضمن العقد، من دون قصد تملیک للمشروط له. و مثل ذلک ما ورد فی الاستعمال العرفی، فإنه لا بد أن یحمل علی أحد الأمرین، و یختلف ذلک باختلاف القرائن المکتنفهٔ فی المقام، فقد تقتضی الأول، و قد تقتضی الثانی.

و أما نذر النتیجهٔ، فالکلام فیه أظهر، لاشتمال صیغهٔ النذر علی اللام الدالهٔ علی الملک. و حمل اللام علی أنها لام الصلهٔ، و الظرف مستقر متعلق بقوله: التزمت، یعنی: التزمت للّه تعالی، خلاف الظاهر جداً. و قد تعرضنا لذلک فی أوائل مباحث الزکاهٔ من هذا الشرح.

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۳

مخصوص من ماله علی تقدیر التلف أو التعیب (۱)، لا بعنوان الضمان (۲). و الظاهر عدم الفرق فی عدم الضمان مع عدم الأمرین- بین أن یکون التلف فی أثناء المدهٔ أو بعدها إذا لم یحصل منه منع للمؤجر عن عین ماله إذا طلبها، بل خلی بینه و بینها و لم یتصرف بعد ذلک فیها. ثمَّ هذا إذا کانت الإجارهٔ صحیحهٔ.

و أما إذا کانت باطلة ففی ضمانها وجهان. أقواهما: العدم (۳)

---

(۱) لعدم المانع المذکور، بل علیه حمل القول بصحة شرط الضمان.

(۲) کما صرح بذلک فی الجواهر، و الظاهر أنه المشهور، عملًا بالاستصحاب. و عن الإسکافی و الطوسی: إطلاق الضمان بعد المدة. و یقتضیه عموم «علی الید ..»، المقتصر فی الخروج عنه علی ما فی المدة لدلیله، و الاستصحاب لا یعارض العام. نعم إذا کان ظاهر ترک المطالبة الائتمان. دخل فی عموم نفی الضمان.

(۳) کما هو المشهور، لقاعدة: (ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده)، المجمع علیها. و قد استدل بها علی ذلک فی المقام فی محکی التذکرة و غیرها.

و دعوی: اختصاص القاعدة فیما هو مصب العقد، و هو فی الإجارة منفعة العین. فیها أن ذلک خلاف مقتضی استدلالهم بها علی عدم الضمان.

مع أن استدلالهم علیها بالاقدام علی الاذن المجانی، المانع من عموم

«علی الید ما أخذت ..»

مطرد فی المقامین. مضافاً إلی أن الإجارة أیضاً موضوعها العین کما عرفت فی أول الکتاب، فإنه یصح أن یقول: آجرت العین، و لا یصح أن یقول: آجرت المنفعة، فالعین موضوع للإجارة.

و کذلک یقال: أعرت العین.

ثمَّ إنه لو بنی علی عدم شمول عکس القاعدة، کفی فی نفی الضمان ما دل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۴

خصوصاً إذا کان المؤجر عالماً بالبطلان حین الإقباض، دون المستأجر.

[(مسألة ۱): العین التی للمستأجر بید المؤجر الذی آجر نفسه لعمل فیها- کالثوب آجر نفسه لیخیطه- أمانة]

(مسألة ۱): العین التی للمستأجر بید المؤجر الذی آجر نفسه لعمل فیها- کالثوب آجر نفسه لیخیطه- أمانة، فلا یضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدی أو التفریط (۱)، أو

علی عدم ضمان المستأمن

«۱»، فإن موضوع عدم الضمان هو الأمین العرفی، و هو حاصل فی الإجارة الصحیحة و الفاسدة بنحو واحد. و دعوی: أن الاستیمان مبنی علی الإجارة، فإذا تبین فسادها فقد تبین انتفاؤه. یدفعها:

أن ظاهر نصوص عدم الضمان مع الاستیمان عموم الحکم لصورة التلف المؤدی إلی فساد العقد من أول الأمر، فتدل تلک النصوص علی نفی الضمان مع الاستیمان، و لو کان فی العقد الفاسد. فلاحظ تلک النصوص العامة و الخاصة فی مواردها، فإنها تدل علی ما ذکرنا من أن الاستیمان المبنی علی العقد موضوع لعدم الضمان، و إن تبین بطلان العقد کما أشرنا الی ذلک فی (نهج الفقاهة). هذا و لم یحک الخلاف فی المقام إلا عن الأردبیلی و صاحب الریاض، و الذی عثرت علیه من کلام الأول فی مسألة عدم ضمان المستأجر هو:

عدم الضمان فی الإجارة الفاسدة، مستدلا علیه بالأصل و القاعدة المتقدمة.

نعم فی الریاض. فی مسألة ثبوت أجرة المثل فی کل موضع تبطل فیه الإجارة، اختار الضمان حاکیاً نسبته الی المفهوم من کلمات

الأصحاب، مستدلا علیه بعموم «علی الید ..»، و استشکل فیه إذا کان المؤجر عالماً بالفساد، للشبهة المتقدمة.

(۱) بلا خلاف فیه، کما اعترف به غیر واحد نعم فی الشرائع:

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۴ من أبواب أحکام الودیعة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۵

اشتراط ضمانها علی حذو ما مرّ فی العین المستأجرة (۱). و لو تلفت أو أتلفها المؤجر أو الأجنبی، قبل العمل أو فی الأثناء بطلت الإجارة، و رجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلی المستأجر بل لو أتلفها مالکها المستأجر کذلک أیضاً (۲). نعم لو کانت الإجارة واقعة علی منفعة المؤجر، بأن یملک منفعته الخیاطی فی یوم کذا، یکون إتلافه لمتعلق العمل بمنزلة استیفائه، لأنه بإتلافه إیاه فوت علی نفسه المنفعة. ففرق بین أن یکون العمل فی ذمته، أو أن یکون منفعة الکذائیة للمستأجر، ففی

نسبته إلی الأصح، و ظاهره وقوع الخلاف فیه. و فی المسالک: وجود القول بالضمان. و عن المرتضی: الإجماع. لکن فی الجواهر- تبعاً لمفتاح الکرامة- أن الخلاف فی الضمان مع التهمة، لا مع العلم بعدم التفریط و التعدی.

و کیف کان، فیدل علیه ما عرفت من النصوص الدالة علی عدم ضمان المستأمن، فإن المقام منه.

(۱) کما هو المشهور کما قیل. و یشهد له

خبر موسی بن بکیر: «عن رجل استأجر سفینة من ملاح فحملها طعاماً و اشترط علیه إن نقص الطعام فعلیه. قال (ع): جائز. قلت: إنه ربما زاد الطعام. قال: فقال:

یدعی الملاح أنه زاد فیه شیئاً؟، قلت: لا، قال: هو لصاحب الطعام الزیادة، و علیه النقصان إذا کان قد اشترط ذلک» «۱».

و قد عرفت أنه لا بد من حمله علی شرط الفعل، أو علی کون المقصود منه إنشاء الضمان فی ضمن العقد.

(۲) لعدم الفرق بین صور التلف، فی أن عدم العین یوجب تعذر

---

(۱) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۶

الصورة الأولی التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع الأجرة إلی المستأجر و إن کان هو المتلف، و فی الصورة الثانیة إتلافه بمنزلة الاستیفاء، و حیث أنه مالک لمنفعة المؤجر و قد فوتها علی نفسه فالأجرة ثابتة علیه.

[(مسألة ۲): المدار فی الضمان علی قیمة یوم الأداء فی القیمیات]

(مسألة ۲): المدار فی الضمان علی قیمة یوم الأداء فی القیمیات (۱)، لا یوم التلف، و لا أعلی القیم علی الأقوی.

العمل المستأجر علیه، لارتباطه به، الموجب لکون فواته و انعدامه موجباً لانعدام المتعلق به. و من هنا یشکل الفرق بین الصورة المذکورة و الصورة الأخری، إذ أیضاً یقال فیها: إن تعذر العین یوجب تعذر المنفعة الخاصة بل یمکن کون البطلان فی الثانیة أظهر، لعدم قیام غیره مقامه فی الثانیة، بخلاف الأولی، لکنه فرق لا یوجب إلا الأولویة. و بالجملة بعد ما:

کان موضوع الإجارة متعلقاً بالعین و هی متعذرة، یکون موضوع الإجارة متعذراً فتبطل، و لا فرق بین الصورتین فی ذلک. و أما دعوی المصنف (ره) أن إتلافه بمنزلة الاستیفاء فغیر ظاهرة، و إلا کان تلفه بمنزلة حصولها، و لا یظن التزامه بذلک. و مثله دعوی کون تسلیم

المؤجر نفسه للعمل موجباً لاستقرار الأجرة، فإنه إنما يسلم إذا كانت المنفعة مقدورة، و الإجارة باقية على صحتها، و قد عرفت خلافه.

(۱) كما هو أحد الأقوال فى المسألة. و العمدة فيه البناء على بقاء العين فى الذمة إلى زمان الأداء، فتعتبر القيمة حينئذ، و قيل قيمة زمان المخالفة، اعتماداً على

صحيح أبى ولاد «۱»، المشتمل على قوله: «أ رأيت لو نفق البغل أو عطب أ ليس كان يلزمنى؟!، قال (ع): قيمة بغل يوم خالفته»

، بناء على أن قوله (ع):

«يوم خالفته»

، إما مضاف إليه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۷

.....

القيمة. المضافة إلى البغل، أو قيد للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. و فيه: أن الأول غير معهود فى الاستعمال و لا يمكن ارتكابه. و الثانى غير معقول، لأن الاختصاص ملحوظ معنى حرفياً لا اسمياً، و لا يمكن التعلق به. بل الظاهر كونه قيداً لعامل الجملة الجوابية المقدر، أعنى قوله: «يلزمک» و كما أن القيمة فاعله، كذلك الظرف قيده.

و التقدير- بعد ملاحظة الشرط فى السؤال-: يلزمک يوم المخالفة قيمة بغل لو نفق أو عطب البغل، فيدل على أن الانتقال إلى القيمة يوم التلف.

و لأجل أن الوجه فى ضمان القيمة تدارک الخسارة المالية فى العين، يتعين البناء على قيمة يوم التلف، لأن ثبوت القيمة المذكورة تدارک لمالية العين الفائتة حينئذ. و من هنا حكى عن الأكثر: أن الاعتبار بقيمة يوم التلف.

و يعضده بعض النصوص الأخر: مثل ما ورد فى المعتق حصته من عبد.

أنه يقوم قيمته يوم أعتق أو يوم حرر

«۱». و كأن المصنف (ره) جعل المتعلق به الظرف. الفعل المقدر و هو:

يلزمک، من دون أن يقدره معلقاً على شرط التلف، فتكون الرواية عنده مجملة من هذه الجهة، فيتعين الرجوع فى تعيين القيمة إلى القواعد. و لما كان الأظهر عنده: أن العين بنفسها باقية بعد التلف فى الذمة. و ان كانت قيمية، تعين أن تكون القيمة بلحاظ زمان الأداء، لأنه زمان التدارک.

و ما ذكره (ره) من بقاء العين فى الذمة و إن كان فى محله، لكن جعل الفعل المقدر المتعلق به الظرف مطلقاً لا معلقاً على التلف خلاف الظاهر. و قد عرفت أنه إذا أخذ معلقاً على التلف، فالإطلاق المقامى لدليل ثبوت القيمة يقتضى الحمل على المرتكزات العقلائية، و هى تقتضى أن تكون بلحاظ زمان التلف، لأنه به يكون التدارک، و إلا كان تداركاً بالأكثر أو بالأقل، و هو خلاف المرتكز جداً.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۸ من أبواب كتاب العتق حديث: ۳، ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۷۸

[(مسألة ۳): إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً]

(مسألة ۳): إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً (۱)، و استحق الأجرة المسماة. و كذا لو حمل متاعاً إلى مكان معين ثمَّ تلف مضموناً أو أتلفه، فإنه يضمن قيمته فى ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجرة، أو مخيطاً مع الأجرة (۲). و كذا لا ـ أن يكون فى المتاع مخيراً بين قيمته غير محمول فى مكانه الأول بلا أجرة، أو فى ذلك المكان مع الأجرة، كما قد يقال.

[(مسألة ۴): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو التفصيل الثوب ضمن]

(مسألة ۴): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو التفصيل الثوب ضمن. و كذا الحجام إذا جنى فى حجامته (۳) أو الختان فى ختانه. و كذا الكحال أو البيطار. و كل من آجر نفسه لعمل فى مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه، و إن كان بغير قصده، لعموم «من أتلف ..» و

للصحيح (۴) عن أبى عبد اللّه (ع):

(۱) كما تقدم فى المسألة العاشرة من الفصل السابق.

(۲) قد تقدم منه أنه على القول الثانى يكون من التلف قبل القبض، الموجب لبطلان الإجارة، فلا يستحق الأجرة، و يضمن قيمة العين غير موصوفة. و قد تقدم فى بعض الحواشى القول بالتخيير بين الأمرين المذكورين.

و ذكرنا هناك وجهه، و أن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف، و هو خصوصية الصفة، لا ـ تلف العين التى هى قوام المعاوضة، الموجب للبطلان إذا كان قبل القبض، و تلف الوصف قبل القبض يوجب الخيار:

(۳) استفاض نقل الإجماع صريحاً و ظاهراً عليه فى محكى جماعة.

(۴) يريد به صحيح الحلبى

»(۱).

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۱۹.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۷۹

«فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه، فقال، (ع): كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

بل ظاهر المشهور ضمانه و إن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه (۱)، و لكنه مشكل (۲). فلو مات الولد بسبب الختان، مع كون الختّان حاذقاً، من غير أن يتعدى عن محل القطع، بأن كان أصل الختان مضراً به، فى ضمانه إشكال.

[(مسألة ۵): الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن]

(مسألة ۵): الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن (۳)

---

(۱) لإطلاقهم القول بضمان الأجير.

(۲) بل فى محكى التحرير: نفى الضمان. و عن الكفاية: أنه غير بعيد.

و مال إليه فى الجواهر. و جزم به بعض المحققين، للاذن الرافعة للضمان إجماعاً، و الصحيح المذكور و نحوه ظاهر فى صورة عدم

وجود العمل المستأجر علیه. و دعوی: أن الاذن مشروطة بالسلامة، فلا تشمل صورة التلف، ممنوعة، بل هو خلاف المفروض. نعم لا یبعد کون السلامة من قبیل الداعی، الذی لا یقدح تخلفه فی حصول الاذن. هذا إذا کان الفساد من لوازم الفعل المأذون فیه- و لو فی خصوص المورد- واقعاً، و إن جهلت الملازمة. أما إذا لم یکن من لوازمه، فحصل من باب الاتفاق، فالبناء علی الضمان فی محله، لأنه غیر مأذون فیه لا بالأصالة و لا بالتبعیة.

(۳) کما هو المعروف. و یشهد له

خبر السکونی: «من تطبب أو تبیطر فلیأخذ البراءة من ولیه، و إلا فهو ضامن» «۱».

مضافاً الی عموم قاعدة: «من أتلف.»، و الصحیح المتقدم، و نحوه. و عن الحلی:

---

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب موجبات الضمان حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۸۰

و إن کان حاذقاً. و أما إذا لم یکن مباشراً بل کان آمراً، ففی ضمانه إشکال (۱)، إلا أن یکون سبباً و کان أقوی من المباشر و أشکل منه إذا کان واصفاً للدواء، من دون أن یکون آمراً کأن یقول: إن دواءک کذا و کذا. بل الأقوی فیه عدم الضمان و إن قال: الدواء الفلانی نافع للمرض الفلانی، فلا ینبغی الإشکال فی عدم ضمانه، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فیه. و کذا لو قال: لو کنت مریضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلانی.

[(مسألة ۶): إذا تبرأ الطبیب من الضمان، و قبل المریض أو ولیه]

(مسألة ۶): إذا تبرأ الطبیب من الضمان، و قبل المریض أو ولیه، و لم یقصر فی الاجتهاد و الاحتیاط برأ

عدم الضمان، للاذن. و فیه: أن الاذن کان فی العلاج، لا فی الإفساد.

(۱) المحکی عن بعض: نفی الریب فی الضمان، لإطلاق الإجماع المحکی علی ضمان الطبیب، و لخبر السکونی المتقدم، و لأنه المتلف لأنه السبب، و هو هنا أقوی من المباشر. و الجمیع کما تری، لمنع الإجماع. و الخبر ظاهر فی المباشر، بقرینة اقترانه بالبیطار، لا أقل من عدم عمومه للآمر. و قوة السبب بنحو یستند الیه التلف عرفاً غیر ظاهر. و أما قاعدة الغرور فلیس بناؤهم علی العمل بها فی أمثال المقام ظاهراً، علی أن فی صدقه مع جهل الغار تأملًا، و لا سیما مع قیام السیرة علی عدم التضمین بمجرد ذلک.

و لأجل ما ذکر کان عدم الضمان مختار جماعة من المحققین إذا کان واصفاً غیر آمر، منهم صاحب الجواهر، بل و إذا کان آمراً أیضاً، و إن کان فی الجواهر مال الی الضمان، بناء علی قوة السبب بالنسبة إلی المباشر فی مثله، الذی عرفت منعه، و لا سیما و کون الأمر إرشادیاً، فهو بمنزلة الوصف

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۸۱

علی الأقوی (۱).

[(مسألة ۷): إذا عثر الحمال فسقط ما کان علی رأسه]

(مسألة ۷): إذا عثر الحمال فسقط ما کان علی رأسه أو ظهره- مثلا- ضمن (۲)، لقاعدة الإتلاف.

---

(۱) کما هو المشهور، بل لا یعرف الخلاف فیه إلا من الحلی و بعض آخر، لعدم جواز الاسقاط قبل الثبوت، و حملًا للخبر المتقدم

على البراءة بعـد الجناية. و فيه أن الحمل المذكور خلاف ظاهر الخبر، فلا مجال لرفع اليد عنه بعد حجيته و اعتماد الأصحاب عليه. مع أن ما ذكر لا يتم لو كانت البراءة شرطاً فى عقد الإجارة، لأنه ليس من الاسقاط قبل الثبوت، بل هو من شرط السقوط كما فى شرط سقوط الخيار. اللهم إلا أن يقال:

إنه من شرط النتيجة. لكن عرفت قريباً الكلام فيه، و أنه لا بأس به إذا كان المقصود إنشاء النتيجة فى ضمن العقد.

(۲) كما نص عليه فى الجواهر، لما ذكر، و

للصحيح: «فى رجل حمل متاعاً على رأسه، فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه. قال (ع):

هو ضامن» «۱».

لكن فى شموله للفرض تأمل. فالعمدة قاعدة الإتلاف.

و دعوى أنه من التلف غير ظاهرة، لاستناده اليه و إن كـان عن غير قصـد، كما لو عثر فرجع على إناء غيره فكسره. و منه يظهر ما عن كشف اللثام من عـدم الضـمان إلا مع التفريط، أو كونه عاريـة مضـمونة. نعم إذا كانت سلسلة أسباب، بعضـها اختيارى و بعضـها غير اختيارى، نسب الفعل إلى الفاعل المختار، كما لو عمد إلى نائم فنخسه، فانقلب على إناء ثالث فكسره، نسب الكسر إلى الناخس. أما لو كانت كلها غير اختيارية نسب الفعل إلى المباشر، كما لو انقلب النائم على نائم آخر، فانقلب الثانى على

---

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب موجبات الضمان حديث: ۱، و باب: ۳۰ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۱۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۸۲

[(مسألة ۸): إذا قال للخياط مثلا: إن كان هذا يكفينى قميصاً فاقطعه، فلم يكف]

(مسألة ۸): إذا قال للخياط مثلا: إن كان هذا يكفينى قميصاً فاقطعه، فلم يكف، ضمن فى وجه (۱).

و مثله لو قـال: هل يكفى قميصاً؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه فلم يكفه (۲). و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان فى الأول دون الثانى (۳)، بدعوى عدم الاذن فى الأول دون الثانى.

و فيه: أن فى الأول أيضـاً الإذن حاصل (۴). و ربما يقال بعـدم الضـمان فيهما، للاذن فيهما. و فيه: أنه مقيـد بالكفايـة، إلا أن يقال أنه مقيد باعتقاد الكفاية، و هو حاصل (۵). و الأولى الفرق بين الموارد و الأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه، أو

إناء فكسره، نسب الفعل إلى الثانى. و لو كانت كلها اختياريـة، كما لو ضـرب زيد عمراً. فغصب عمرو و كسر إناء بكر، نسب الكسر إلى عمرو.

و من ذلـك تعرف أن الاختيـار ليس شـرطاً فى صـحة النسبة، إلاـ إذا كـان موجوداً فى سلسـلة العلـل، فـإنه يسـتند الفعـل إلى السـبب الاختيارى لا غير.

(۱) كما فى القواعد و غيرها. و اختاره فى الجواهر، لعدم الاذن فى القطع فيكون النقص موجباً لضمان فاعله.

(۲) كأن وجه الضمان فيه قاعدة الغرور، و إلا فالنقص الصادر من الخياط كان بإذن المالك.

(۳) كما فى القواعد و غيرها. و اختاره فى الجواهر.

(۴) فيه منع، لأن الإذن الحاصلة كانت مشروطة بالكفاية، و المفروض عدمها.

(۵) بل غير مقيد و إنما هو مطلق، و إن كان عن داعى اعتقاد الكفاية، لكن تخلف الداعى لا يقدح فى حصول الاذن، كما فى غيره.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۸۳

تقید الاذن و عدمه، و الأحوط مراعاة الاحتیاط.

[(مسألة ۹): إذا آجر عبده لعمل فأفسد]

(مسألة ۹): إذا آجر عبده لعمل فأفسد، ففی کون الضمان علیه (۱)، أو علی العبد یتبع به بعد عتقه (۲)، أو فی کسبه إذا کان من غیر تفریط و فی ذمته یتبع به بعد العتق إذا کان بتفریط (۳)، أو فی کسبه مطلقاً (۴)، وجوه و أقوال.

---

(۱) کما عن النهایة و فی الروض و غیره، و کأنه

للحسن: «قضی أمیر المؤمنین (ع) فی رجل، کان له غلام استأجره منه صائغ أو غیره قال (ع): إن کان ضیع شیئاً أو أبق منه فموالیه ضامنون» «۱»

، بعد حمل الصحیح الآتی علی المثال، بأن یکون ذکر الکسب من باب تمثیل ما یکون مع الضمان.

(۲) کما عن الحلی و جامع المقاصد، عملا منهم بالقواعد، لأن العبد هو المتلف.

(۳) هذا التفصیل منسوب إلی المسالک، حملا للصحیح علی ذلک، کما تقتضیه القاعدة، لأن إذنه فی العمل المترتب علیه التلف بلا تفریط بمنزلة إسقاط حقه من کسبه، فیجب علی العبد الکسب لتفریغ ذمته.

بخلاف صورة التفریط فإنه لا إذن له فی العمل حینئذ، فحقه فی کسب العبد بحاله، و هو مانع عن تصرف العبد فیه، و لا وجه لضمان المولی حینئذ لعدم کونه متلفاً. و فیه: أن مجرد الاذن فی العمل لا یکفی فی تسویغ تصرفه فی کسب العبد، الذی هو ماله فی غیر مورد الاذن، فالعمل بإطلاق النصوص متعین.

(۴) کما فی القواعد تبعاً للشرائع. و تبعهما جماعة،

للصحیح: «و فی رجل استأجر مملوکا فیستهلک مالا کثیراً، قال (ع): لیس علی مولاه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲، و باب: ۱۲ من أبواب موجبات الضمان حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۸۴

أقواها: الأخیر، للنص الصحیح (۱). هذا فی غیر الجنایة علی نفس أو طرف، و إلا فیتعلق برقبته، و للمولی فداؤه بأقل الأمرین من الأرش و القیمة.

[(مسألة ۱۰): إذا آجر دابة لحمل متاع]

(مسألة ۱۰): إذا آجر دابة لحمل متاع، فعثرت، و تلف أو نقص، لا ضمان علی صاحبها، إلا إذا کان هو السبب بنخس أو ضرب.

[(مسألة ۱۱): إذا استأجر سفینة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق]

(مسألة ۱۱): إذا استأجر سفینة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق، لم یضمن صاحبها. نعم لو اشترط علیه الضمان صح، لعموم دلیل الشرط، و للنص (۲).

[(مسألة ۱۲): إذا حمل الدابة المستأجرة أزید من المشترط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق]

(مسألة ۱۲): إذا حمل الدابة المستأجرة أزید من المشترط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق، ضمن تلفها أو عوارها (۳). و الظاهر

ثبوت أجرة المثل لا المسمى مع عدم

شيء، و ليس لهم أن يبيعوه، و لكنه يستسعى، فان عجز فليس على مولاه شيء، و لا على العبد» «۱»
، فيقيد به إطلاق الحسن السابق، فيحمل على كون ضمان المولى فى خصوص الكسب.
(۱) الذى لا يعارضه الحسن، لوجوب حمل المطلق على المقيد.
(۲) تقدم فى المسألة الأولى.
(۳) إجماعاً نصاً «۲» و فتوى، و المشهور أنه يضمن تمامها. و عن الإرشاد: أنه يضمن نصفها، لأن الحمل بعضه مأذون فيه و بعضه غير

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۳.
(۲) لم نعثر على نص وارد فى هـذا الموضوع خاصـة فى مظان النصوص من كتب الحـديث و الفقه، و لعل المراد به ما ورد فى نظائره من موارد التعدى عن مقتضى الشرط أو الإطلاق، فراجع الوسائل باب: ۱۶ و ۱۷ و ۳۲ من أبواب أحكام الإجارة.
مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۸۵
التلف، لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل. نعم لو لم يكن ذلک على وجه التقييد، ثبت عليه المسـماة و أجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة (۱).

[(مسألة ۱۳): إذا اكترى دابة، فسار عليها زيادة عن المشترط، ضمن]

(مسألة ۱۳): إذا اكترى دابـة، فسار عليها زيادة عن المشترط، ضـمن. و الظاهر ثبوت الأجرة المسـماة بالنسـبة إلى المقـدار المشترط، و أجرة المثل بالنسبة إلى الزائد.

[(مسألة ۱۴): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها]

(مسألة ۱۴): يجوز لمن اسـتأجر دابـة للركوب أو الحمـل أن يضـربها إذا وقفت على المتعـارف، أو يكبحها باللجام أو نحو ذلک على المتعارف، إلا مع منع المالک من ذلک (۲)، أو كونه معها و كان المتعارف سوقه هو. و لو تعدى عن

مأذون فيه. و فيه: أن الموجب للضمان العدوان، الحاصل بحمل ما لم يأذن به المالک.
(۱) حكى فى المسألة ثلاثة أقوال: الأول: ثبوت أجرة مثل المجموع.
حكى عن الأـردبيلى. و الثـانى: أجرة مثـل الزائـد مع المسـمى. حكى عن المشـهور. و الثالث: ثبوت المسـمى مع أجرة الزيادة بحساب المسـمى. حكى عن المقنعة. و الأخير غير ظاهر. و الأولان محمولان على التفصيل المذكور فى المتن فيرتفع الخلاف. يظهر ذلک من دليلهما. نعم لازم ما اختاره فى المسألة السادسة من الفصل الآتى: وجوب المسمى و أجرة المثل للمجموع.
أما الأولى: فبالإجارة، لعدم الموجب لفسادها. و أما الثانية: فلاستيفاء المنفعة غير المأذون فيها. و سيأتى هناک التعرض لذلک.
(۲) هذا إذا لم يكن قد اشترط فى العقد، و لو لأجل التعارف المنزل عليه العقد، و إلا كان منع المالک بلا حق.
مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۸۶
المتعارف أو مع منعه ضـمن نقصـها أو تلفها. أما فى صورة الجواز ففى ضـمانه مع عدم التعدى إشـكال. بل الأقوى: العدم، لأنه مأذون فيه (۱).

[(مسألة ۱۵): إذا استؤجر لحفظ متاع، فسرق، لم یضمن]

(مسألة ۱۵): إذا استؤجر لحفظ متاع، فسرق، لم یضمن (۲)، إلا مع التقصیر فی الحفظ و لو لغلبة النوم علیه (۳) أو مع اشتراط الضمان. و هل یستحق الأجرة مع السرقة؟

الظاهر: لا (۴)، لعدم حصول العمل المستأجر علیه، إلا أن یکون متعلق الإجارة الجلوس عنده، و کان الغرض هو الحفظ لا أن یکون هو المستأجر علیه.

---

(۱) کما تقدم فی المسألة الرابعة.

(۲) لأنه أمین، فیدل علی عدم ضمانه ما دل علی عدم ضمان الأمین نعم یظهر من خبر إسحاق الآتی

الضمان. لکن لم یعرف العمل به إلا من ابن إدریس، فلا مجال للاعتماد علیه، و یتعین حمله علی صورة شرط الضمان بمعنی شرط التدارک، فیکون من شرط الفعل، أو من شرط النتیجة بناء علی جوازه، و قد تقدم الکلام فی ذلک فی أوائل فصل: (أن العین المستأجرة أمانة)، فراجع. و فی الجواهر: عارضه

بالصحیح: «عن رجل استأجر أجیراً فأقعده علی متاعه فسرق. قال (ع): هو مؤتمن» «۱»

لکن فی ظهوره فی کونه أجیراً علی الحفظ غیر واضح، و إن لم یکن بعیداً.

(۳) لا یخلو من نظر، لأن غلبة النوم لیست من التقصیر. نعم ربما کان منه.

(۴) کما مال إلیه فی الجواهر، معللا له بما ذکر، بل ینبغی أن

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۸۷

[(مسألة ۱۶): صاحب الحمام لا یضمن الثیاب]

(مسألة ۱۶): صاحب الحمام لا یضمن الثیاب (۱)، إلا إذا أودع و فرط أو تعدی، و حینئذ یشکل صحة اشتراط الضمان أیضاً، لأنه أمین محض (۲)، فإنه إنما أخذ الأجرة علی الحمام و لم یأخذ علی الثیاب (۳). نعم لو استؤجر مع ذلک

لا یکون محلا للإشکال.

(۱) بلا خلاف و لا إشکال کما فی الجواهر، و یشهد له

خبر إسحاق ابن عمار عن جعفر عن أبیه (ع): «أن علیاً (ع) کان یقول: لا ضمان علی صاحب الحمام فیما ذهب من الثیاب، لأنه إنما أخذ الجعل علی الحمام، و لم یأخذ علی الثیاب» «۱»

، و نحوه خبر أبی البختری

«۲». و

فی خبر غیاث بن إبراهیم: «إن أمیر المؤمنین (ع) أتی بصاحب حمام وضعت عنده الثیاب فضاعت، فلم یضمّنه، و قال (ع): إنما هو أمین» «۳»

و ظاهر الأخیر أن صاحب الحمام من أفراد الأمین دائماً، مع أنه قد لا یکون کذلک کما هو الغالب، فان الداخل إلی الحمام یضع ثیابه

فی المسلخ وثوقاً منه بعدم الدواعی إلی سرقة ثیابه، لجهات دینیة أو أخلاقیة أو خارجیة، من دون إئتمان أحد معین علیها. و لذلک ذکر فی المتن قسمین کما یفهم من الاستثناء.

(۲) و قد یظهر منهم فی الودعی الاتفاق علی عدم صحة اشتراط الضمان علیه کما تقدم، و لو لا ذلک کان الحکم کما فی غیره من الأمناء، و قد تقدم من المصنف (ره) الجواز فیه.

(۳) هذا مضمون الخبر السابق.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۸۸

للحفظ أیضاً، ضمن مع التعدی أو التفریط، و مع اشتراط الضمان أیضاً، لأنه حینئذ یأخذ الأجرة علی الثیاب أیضاً، فلا یکون أمیناً محضاً (۱).

[فصل یکفی فی صحة الإجارة کون المؤجر مالکا للمنفعة]

اشارة

فصل یکفی فی صحة الإجارة کون المؤجر مالکا للمنفعة، أو وکیلا عن المالک لها، أو ولیاً علیه، و إن کانت العین للغیر کما إذا کانت مملوکة بالوصیة أو بالصلح أو بالإجارة، فیجوز للمستأجر أن یؤجرها من المؤجر أو من غیره، لکن فی جواز تسلیمه العین إلی المستأجر الثانی بدون إذن المؤجر إشکال (۲)

---

(۱) إذ المراد من الأمین المحض: المأذون فی الاستیلاء علی العین بقصد الحفظ. و فی المقام یکون الاذن فی الاستیلاء علی العین بقصد الأجرة فی مقابل الحفظ.

(۲) عن النهایة و السرائر و القواعد و غیرها: المنع، لأنها أمانة لم یأذن له المالک فی تسلیمها إلی غیره. و فیه: أن الائتمان للأول إنما کان من مقتضیات عقد الإجارة، لأن استیفاء المنفعة یتوقف علیه، فاذا کان مقتضی عقد الإجارة تملک المنفعة مطلقاً، من دون شرط الاستیفاء مباشرة من المستأجر، اقتضی أیضاً ائتمانه کذلک، فله أن یستأمن غیره علی العین کما استأمنه المؤجر علیها، فیکون المستأجر الثانی مستوفیاً للمنفعة و أمیناً علی العین کالمستأجر الأول. و هکذا الحال فی المستأجر الثالث.

و منه یظهر: أنه لو لم یکن عقد الإجارة مقتضیاً للائتمان المذکور- کالمستأجر

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۸۹

فلو استأجر دابة للرکوب أو لحمل المتاع مدة معینة، فأجرها

لموضع معین من سفینة أو سیارة- لم یکن له حق فی تسلم العین، و لا حق تسلیمها من المستأجر منه. هذا مضافاً إلی ظاهر النصوص الواردة فی إجارة الأرض و غیرها بمساوئ الأجرة أو بالأقل

«۱»، حیث صرحت بالجواز من دون تعرض فیها لشبهة عدم جواز التسلیم. و حملها علی صورة عدم الحاجة فی استیفاء المنفعة إلی

تسليم العين، كما ترى، فإنه كالمقطوع بخلافه فى جميعها. و نحوها

صحيح ابن جعفر (ع) «فى رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت، فما عليه؟ قال (ع): إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء» «۲».

و ما فى الجواهر من حمله على كون الدفع إلى الغير كان على نحو تكون أمانة عند الدافع، لكونها فى يده و إن كان الغير راكباً لها، بعيد. و لأجل ما ذكرنا ذهب المشهور إلى الجواز كما حكى.

و عن ابن الجنيد: التفصيل، فيجوز تسليمها إلى أمين دون غيره. و كأن وجهه: أن المستأجر الأول مؤتمن على العين بلا شرط المباشرة، فله أن يأتمن غيره عليها. و لا بأس به. و قد يشهد له

مصحح الصفار: «فى رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره، و إن كان القصار مأموناً؟. فوقع (ع): هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء اللّه» «۳».

و نحوه مكاتبة محمد بن على بن محبوب

«۴»، بناء على أن

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰، ۲۱، ۲۲ من أبواب أحكام الإجارة و سيأتى التعرض لها فى المسألة الآتية.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۱.

(۳) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۱۸.

(۴) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحكام الإجارة ملحق حديث: ۱۸.

مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۹۰

فى تلك المدة أو فى بعضها من آخر يجوز، و لكن لا يسلمها اليه، بل يكون هو معها، و إن ركبها ذلك الآخر أو حمّلها متاعه، فجواز الإجارة لا يلازم تسليم العين بيده (۱)، فان سلمها بدون إذن المالك ضمن. هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة. و أما إذا كانت مقيدة، كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه، فلا يجوز إجارتها من آخر (۲). كما أنه إذا اشترط المؤجر عدم إجارتها من غيره، أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه، كذلك أيضاً أى: لا يجوز إجارتها من الغير.

نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه، و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضاً إجارتها من الغير، بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير. ثمَّ لو خالف و آجر فى هذه الصور:

ففى الصورة الاولى- و هى ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه- بطلت، لعدم كونه مالكا إلا ركوبه نفسه، فيكون المستأجر الثانى ضامناً لاجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة (۳)، و فى

المراد بالقصار المأمون هو القصار الثانى، بقرينة مناسبة الحكم و الموضوع.

نعم مورده عين المستأجر، لا عين المؤجر.

(۱) لكن فى هذه الصورة لا يجب على المؤجر تسليم العين أيضاً، إذ ليس حينئذ من لوازم الإجارة الأولى التسليم. و الكلام لا بد أن يكون فى غير هذه الصورة كما أشرنا إليه.

(۲) يأتى وجهه.

(۳) قد يشكل: بأنه إذا ملك المستأجر منفعة ركوب نفسه، امتنع أن تكون منفعة ركوب غيره مملوكة للمالك، بناء على امتناع ملك المنفعتين

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۱

الصورة الثانیة و الثالثة فی بطلان الإجارة و عدمه وجهان، مبنیان علی أن التصرف المخالف للشرط باطل لکونه مفوتا لحق الشرط (۱)، أولا، بل حرام و موجب للخیار. و کذا

المتضادتین لمالک واحد أو لمالکین، لامتناع القدرة علی المتضادتین فی عرض واحد. و علیه یکون للمالک المسمی علی المستأجر، عملا بالإجارة الصحیحة فیکون للمالک الأمران: المسمی علی المستأجر، و أجرة المثل علی المستوفی الثانی. و علی القول الآخر لیس له إلا الأول. و سیجیء الکلام فی ذلک ثمَّ إنه بناء علی ما ذکره المصنف، إذا دفع المستوفی أجرة المثل إلی المالک فان کان مغروراً من قبل المستأجر الأول، فهل یرجع إلیه أولا؟ وجهان مذکوران فی مبحث قاعدة الغرور.

(۱) فان الظاهر من شرط فعل: جعل حق للمشروط له علی المشروط علیه، کما أشرنا إلی ذلک، و لأجله قلنا بامتناع شرط النتیجة، فقاعدة السلطنة فی الحق مانعة من نفوذ التصرف المنافی له، فیبطل، لعدم صدوره من السلطان. و دعوی: أن مفاد الشرط مجرد الالتزام بالمضمون، خلاف الظاهر. و لأجل ذلک جاز للمشروط له المطالبة، و جاز له الاسقاط، کما أشرنا إلی ذلک سابقا. فراجع. نعم یختص ذلک بالشرط الاصطلاحی، و هو الفعل الأجنبی عن موضوع العقد، مثل:

شرط أن لا- یؤجرها. و لا- یجری فی شرط الاستیفاء، لأنه من قبیل القید الذی یکون تخلفه موجباً للخیار إذا کان علی نحو تعدد المطلوب. لکن فی المقام لما کان القید مانعاً عن عموم الاذن، لاستیفاء غیر المستأجر للمنفعة یکون حراماً، فلا تصح الإجارة علیه، فالبطلان یکون من جهة حرمة المنفعة، لا لنفی السلطنة علی الإجارة. و علی هذا لو آجرها المستأجر فاستوفی المستأجر الثانی المنفعة، یثبت الخیار فی الصورة الثالثة، و لا یثبت فی الصورة الثانیة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۲

فی الصورة الرابعة (۱) إذا لم یستوف هو، بل سلمها إلی ذلک الغیر.

[(مسألة ۱): یجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن یؤجر العین المستأجرة]

(مسألة ۱): یجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن یؤجر العین المستأجرة بأقل مما استأجر، و بالمساوی له مطلقاً (۲) أیّ شیء کانت، بل بأکثر منه أیضاً إذا أحدث فیها حدثاً (۳)، أو کانت الأجرة من غیر جنس الأجرة السابقة (۴)، بل مع عدم الشرطین أیضاً فیما عدا البیت و الدار و الدکان و الأجیر (۵).

---

(۱) فی هذه الصورة یجری حکم الصورة الثالثة الذی ذکرناه فی الحاشیة السابقة، من ثبوت الخیار إذا کان الثالث قد استوفی المنفعة بنفسه و لو آجرها الثانی علی الثالث بشرط استیفائه- یعنی: الثالث- بنفسه بطل الشرط، و فی بطلان الإجارة الخلاف المعروف فی أن بطلان الشرط یقتضی بطلان العقد أولا. و التحقیق هو الثانی.

(۲) بلا خلاف ظاهر، و لا إشکال، لاختصاص أدلة المنع بغیره و النصوص الخاصة و العامة تقتضی الصحة. و عن مجمع البرهان: أنه لا خلاف فیه و فی المساوی.

(۳) بلا إشکال أیضاً، لاتفاق النص و الفتوی علیه. و عن جماعة:

دعوی الإجماع علی الجواز فیه.

(۴) کما عن جماعة کثیرة التصریح به، لأن الظاهر من الأکثر:

الأکثر فی الجنس، لا الأکثر فی القیمة و المالیة، لا أقل من عدم الظهور فی العموم بنحو یقید به إطلاق دلیل الصحة.

(۵) کما نسب إلی جماعة، لعمومات الصحة، و اختصاص نصوص المنع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۳

و أما فیها: فإشکال (۱)، فلا یترک الاحتیاط بترک إجارتها

بالمذکورات، فالتعدی إلی غیرها من الأعیان المستأجرة- کما نسب إلی السیدین و الشیخین و الصدوق و غیرهم- فی غیر محله، و لا سیما مع تصریح النصوص بالفرق، مثل

خبر أبی الربیع: «إن الأرض لیست مثل الأجیر و لا مثل البیت، إن فضل الأجیر و البیت حرام» «۱»

و نحوه غیره.

(۱) بل المنع مذهب جماعة،

لحسنة أبی الربیع عن أبی عبد اللّه (ع): «سألته عن الرجل یتقبل الأرض من الدهاقین، ثمَّ یؤاجرها بأکثر مما یتقبلها، و یقوم فیها بحظ السلطان، فقال (ع) لا بأس به، إن الأرض لیست مثل الأجیر و لا مثل البیت، إن فضل الأجیر و البیت حرام» «۲»

و

فی حسنة أبی المعزی: قال (ع)- فی الجواب عن السؤال المذکور-: «لا بأس إن هذا لیس کالحانوت و لا الأجیر، إن فضل الحانوت و الأجیر حرام» «۳».

و بمضمون الأول خبر إبراهیم بن میمون

«۴»، و

مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم، فسکن ثلثیها و آجر ثلثها بعشرة دراهم، لم یکن به بأس، و لا یؤاجرها بأکثر مما استأجرها به، إلا أن یحدث فیها شیئاً» «۵»

و ذهب جماعة إلی الجواز فیها، و عن التذکرة و المختلف و جامع المقاصد و غیرها: الاستدلال علیه بحسنة أبی المعزی المتقدمة. لکن دلالتها غیر ظاهرة، بل عرفت دلالتها علی المنع. و کأن وجه إشکال المصنف: ما ورد فی جواز ذلک فی الأرض، بناء علی التعدی من مورده. لکنه ضعیف.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۴.

(۴) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۵.

(۵) الوسائل باب: ۲۲ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۴

بالأکثر. بل الأحوط إلحاق الرحی (۱) و السفینة (۲) بها أیضا فی ذلک. و الأقوی جواز ذلک مع عدم الشرطین فی الأرض علی کراهة (۳)،

---

(۱) کما عن بعض،

للخبر: «إنی لأکره أن استأجر رحی وحدها ثمَّ أوجرها بأکثر مما استأجرتها به، إلا أن أحدث فیها حدثاً، أو أغرم فیها غرما» «۱»

و دلالته قاصرة، و إن کان سنده غیر قاصر.

(۲) و استدل علی المنع فیها

بالخبر أیضاً: «لا بأس أن یستأجر الرجل الدار و الأرض و السفینة، ثمَّ یؤجرها بأکثر مما استأجرها به إذا أصلح فیها شیئاً» «۲».

لکن ذکر الأرض فی سیاق التی لا منع فیها- کما سیأتی- قرینة علی إرادة ما هو أعم من الحرمة و الکراهة من البأس المفهوم. لکن الاشکال المذکور مبنی علی القول بالجواز فی الأرض، و سیأتی.

(۳) لتصریح النصوص فیها بالجواز، کما عرفت بعضها، فیحمل ما ظاهره المنع علی الکراهة کما هو مذهب جماعة. لکن الروایات الدالة علی الجواز مطلقة، و هی روایتا أبی المعزی و إبراهیم بن میمون، و یقیدهما

خبر الحلبی «قلت لأبی عبد اللّه (ع): أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف، قال (ع) لا بأس: به. قلت: فأتقبلها بألف درهم و أقبلها بألفین، قال (ع): لا یجوز. قلت: لم؟ قال: لأن هذا مضمون و ذلک غیر مضمون» «۳»

و نحوه مصحح إسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه (ع)

«۴»، و مصححه عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع)

«۵». لکن ذکر فیه

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۲ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

(۴) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(۵) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۶،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۵

و إن کان الأحوط الترک فیها أیضاً (۱). بل الأحوط الترک فی مطلق الأعیان إلا مع إحداث حدث فیها (۲). هذا و کذا لا یجوز أن یؤجر بعض أحد الأربعة المذکورة بأزید من الأجرة (۳)، کما إذا استأجر داراً بعشرة دنانیر و سکن بعضها و آجر البعض الآخر بأزید من العشرة، فإنه لا یجوز بدون

أن الذهب و الفضة مصمتان، و لعله من غلط النساخ. و یحتمل أن یکون المراد أن الذهب و الفضة لا یزیدان و لا ینقصان.

و کیف کان، فهذه الروایات مانعة عن الأجرة الزائدة إذا کانت مضمونة فی الذمة، أو أنها لا تقبل الزیادة و النقیصة، فتحمل المطلقات علیها و تقید بها، و لیس لهذه المقیدات معارض کی تسقط عن الحجیة.

و أما ما فی روایة إسماعیل بن الفضل

«۱»: من المنع من الإجارة بالأکثر مع اختلاف الجنس إلا إذا غرم شیئاً أو أحدث حدثا، فالظاهر أنه مما لا عامل به علی ظاهره، و لعله محمول علی الکراهة.

(۱) بل المنع مذهب بعض، و یشهد له

روایة أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع): «قال: إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة، فلا تقبلها بأکثر مما تقبلتها به، لأن الذهب و الفضة مصمتان» «۲».

(۲) کما عن جماعة کثیرة، منهم السیدان و الشیخان، و دلیلهم غیر ظاهر إلا التعدی عن مورد النصوص إلی غیره. و هو کما تری.

(۳) کما صرح به فی الشرائع و غیرها،

لخبر أبی الربیع المروی عن الفقیه: «لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم فسکن ثلثیها و آجر

---

(۱) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۶

إحداث حدث. و أما لو آجر بأقل من العشرة فلا إشکال.

و الأقوی الجواز بالعشرة أیضاً (۱) و إن کان الأحوط ترکه.

[(مسألة ۲): إذا تقبل عملا من غیر اشتراط المباشرة و لا مع الانصراف إلیها، یجوز أن یوکله الی عبده أو صانعه أو أجنبی]

(مسألة ۲): إذا تقبل عملاـ من غیر اشتراط المباشرة و لاـ مع الانصراف إلیها، یجوز أن یوکله الی عبده أو صانعه أو أجنبی، و لکن الأحوط عدم تسلیم متعلق العمل کالثوب و نحوه إلی غیره من دون إذن المالک، و إلا ضمن (۲). و جواز الإیکال لا یستلزم جواز الدفع کما مر نظیره فی العین المستأجرة

ثلثها بعشرة دراهم، لم یکن به بأس، و لکن لا یؤاجرها بأکثر مما استأجرها به» «۱»

و نحوه مصحح الحلبی المتقدم

«۲»، بناء علی أن الضمیر فی الجملة الأخیرة راجع إلی الدار باعتبار ثلثها، و إلا فلو کان المراد منه الدار نفسها لم یکن مما نحن فیه. اللهم إلا أن یستفاد من مفهوم الشرط فی الصدر، أو من الأولویة.

(۱) للخبر المتقدم، و به یضعف ما عن الشیخ من المنع حینئذ، کما قد یشعر به بعض النصوص.

(۲) کما فی الشرائع و غیرها، بل قیل: لم یعثر علی مصرح بعدم الضمان عدا المختلف و المسالک، حیث ذکرا. أن عدم الضمان أولی. و الذی ینبغی أن یکون الکلام هنا هو الکلام فی العین المستأجرة. و دعوی:

الفرق بینهما بأن العین المستأجرة یکون الحق للمستأجر فی قبضها، و هنا لا حق للأجیر فی قبضها، إذ لا ریب فی أنه لا یجب علی المستأجر استیمان الأجیر. مندفعة: بأنه لیس بفارق فی المقام، لأن إطلاق الإجارة إذا اقتضی جواز عمل الأجیر الثانی، فعدم الاذن له فی القبض کعدم الاذن للأجیر الأول فیه یقتضی استقرار الأجرة، فلا فرق بین الأجیر الثانی

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

(۲) راجع أول المسألة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۷

فیجوز له استئجار غیره لذلک العمل بمساوئ الأجرة التی قررها فی إجارته أو أکثر. و فی جواز استئجار الغیر بأقل من الأجرة إشکال، الا أن یحدث حدثاً أو یأتی ببعض، فلو آجر نفسه لخیاطة ثوب بدرهم یشکل استئجار غیره لها بأقل منه، إلا أن یفصله أو یخیط شیئا منه و لو قلیلاـ بل یکفی أن یشتری الخیط أو الإبرة فی جواز الأقل (۱). و کذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشرة دراهم مثلا فی صورة عدم اعتبار المباشرة، یشکل استئجار غیره بتسعة مثلا، إلا أن یأتی بصلاة واحدة أو صوم یوم واحد مثلًا.

و الأول فی لزوم الأجرة بمنع قبضه، کما لا فرق بینهما فی عدم وجوب التسلیم الیه، و فی عدم الحق فی الایتمان له. و إن شئت قلت: الإجارة علی العمل المطلق الشامل لعمل الأجیر الثانی، تتوقف علی الاذن المطلقة الشاملة لتصرف الأجیر الثانی.

(۱) فیه اشکال، لعدم شمول العمل فیه لمثله. نعم

فی روایة مجمع: «أقطعها و أشتری لها الخیوط، قال (ع): لا بأس» «۱».

لکنه غیر ظاهر فی الاکتفاء بالخیوط. و الشراء و ان کان عملا إلا أنه لیس عملا فیه.

و ظاهر النصوص اعتبار ذلک،

ففی صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الرجل یتقبل العمل فلا یعمل فیه، و یدفعه إلی آخر فیربح فیه، قال (ع): لا، إلا أن یکون قد عمل فیه شیئاً» «۲».

و نحوه غیره. و ما فی بعض الحواشی من تفسیر عبارة المتن: بأن المراد

---

(۱) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۲۳ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۸

[(مسألة ۳): إذا استؤجر لعمل فی ذمته لا بشرط المباشرة]

(مسألة ۳): إذا استؤجر لعمل فی ذمته لا بشرط المباشرة یجوز تبرع الغیر عنه (۱)، و تفرغ ذمته بذلک، و یستحق الأجرة المسماة. نعم لو أتی بذلک العمل المعین غیره لا بقصد التبرع عنه، لا یستحق الأجرة المسماة (۲)، و تنفسخ الإجارة حینئذ، لفوات المحل، نظیر ما مر سابقا من الإجارة علی قلع السن فزال ألمه، أو لخیاطة ثوب فسرق أو حرق.

[(مسألة ۴): الأجیر الخاص- و هو من آجر نفسه علی وجه یکون جمیع منافعه للمستأجر فی مدة معینة، أو علی وجه تکون منفعته الخاصة]

(مسألة ۴): الأجیر الخاص- و هو من آجر نفسه علی وجه یکون جمیع منافعه للمستأجر فی مدة معینة، أو علی وجه تکون منفعته الخاصة کالخیاطة مثلا له (۳)، أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدة معینة أو کان اعتبار المباشرة أو کونها فی تلک المدة أو کلیهما علی وجه الشرطیة لا القیدیة- (۴)

منها دفع ما اشتری من الأبر و الخیوط، لا یجدی فی تحقیق العمل المعتبر، مع أنه مراد المصنف (ره) قطعا. نعم یصدق بذلک الغرم. لکنه غیر کاف.

(۱) الظاهر أنه لا إشکال فی جواز التبرع فی مثل ذلک مما کان فی الذمة، عیناً کان أو عملًا مملوکاً لغیره علیه، و یقتضیه بناء العقلاء علیه، کباب النیابة. فإنه نوع منها.

(۲) لعدم انطباق ما فی الذمة علیه إلا بالقصد. و کذا الحکم فی الدین، فان المدیون إذا أعطی الدائن ما یساوی الدین لا یکون وفاء الا مع قصد الوفاء.

(۳) من دون إشغال ذمته بشیء، نظیر إجارة الدابة بلحاظ منفعتها الخاصة، فإنه لا اشتغال فی ذلک لذمة الدابة و لا لذمة المؤجر. و بذلک افترق الثالث عنه، فان فیه إشغال ذمته بلا تملک لمنفعته الخاصة أصلا.

(۴) کما فی الثالث.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۹۹

لا_ یجوز له أن یعمل فی تلک المدة لنفسه أو لغیره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع، عملًا ینافی حق المستأجر، إلا مع إذنه (۱) و مثل تعیین المدة تعیین أول زمان العمل، بحیث لا_ یتوانی فیه الی الفراغ. نعم لا_ بأس بغیر المنافی، کما إذا عمل البناء لنفسه أو لغیره فی اللیل (۲)، فإنه لا مانع منه إذا لم یکن موجبا لضعفه فی النهار. و مثل إجراء عقد أو إیقاع أو تعلیم أو تعلم فی أثناء الخیاطة و نحوها، لانصراف المنافع عن مثلها (۳).

هذا و لو خالف و أتی بعمل مناف لحق المستأجر، فإن کانت الإجارة علی الوجه الأول بأن یکون جمیع منافعه للمستأجر، و عمل لنفسه فی تمام المدة أو بعضها، فللمستأجر أن یفسخ و یسترجع تمام الأجرة المسماة (۴)

---

(۱) بلا خلاف فیه. بل لعله مجمع علیه کما فی الجواهر. و قد یشیر الیه

خبر إسحاق: «سألت أبا إبراهیم (ع) عن الرجل یستأجر الرجل بأمر معلوم، فیبعثه فی ضیعته، فیعطیه رجل آخر دراهم و یقول: اشتر بها کذا و کذا، فما ربحت بینی و بینک. فقال (ع): إذا أذن له الذی استأجره فلیس به بأس» «۱»

و إن کان فی القواعد العامة کفایة، لأنه تصرف فی حق الغیر، و هو حرام.

(۲) کما صرح به فی الجواهر، و کذا ما بعده، لعدم کونه تصرفاً فی حق الغیر.

(۳) یعنی: لو کانت الإجارة علی النحو الأول. و عن المسالک: احتمال المنع. و عن الروضة: فیه وجهان. لکنه ضعیف.

(۴) لعدم التسلیم الذی علیه مبنی المعاوضة.

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۰۰

أو بعضها (۱) أو یبقیها و یطالب عوض الفائت من المنفعة بعضاً أو کلًا. و کذا إن عمل للغیر تبرعاً. و لا یجوز له علی فرض عدم الفسخ مطالبة الغیر المتبرع له بالعوض (۲)، سواء کان جاهلا بالحال أم عالماً، لأن المؤجر هو الذی أتلف المنفعة علیه دون ذلک الغیر و إن کان ذلک الغیر آمراً له بالعمل، إلا إذا فرض علی وجه یتحقق معه صدق الغرور (۳)، و الا

---

(۱) إذا کان عمله فی بعض المدة، لکن تقدم: أن القاعدة تقتضی عدم التبعیض فی الفسخ، فلو فسخ کان له المسمی و علیه عوض البعض المستوفی.

(۲) و فی المسالک: أنه یتخیر بین مطالبته من شاء منهما، لتحقق العدوان. و هذا التعلیل- مع اختصاصه بصورة علم الغیر- غیر ظاهر، إذ الغیر لیس متصرفاً فی المنفعة المملوکة لغیره کی یکون عادیاً. و من هنا علله بعضهم بأن الغیر مستوف للمنفعة فعلیه ضمانها. بل قد یظهر من بعض اختصاصه بالرجوع الیه. و فی الجواهر: لا_ وجه للرجوع الیه مع الجهل، إذ لا یزید علی من عمل له العبد بدون إذن مولاه و من دون إذنه و استدعائه. و فیه: أن الحکم فی العبد لو تمَّ کان لدلیله الخاص به.

فالعمدة: أن الضمان إما أن یکون بالإتلاف أو بالید، و کلاهما غیر حاصل بالنسبة إلی المتبرع له، فإنه لیس متلفاً لمنفعة المستأجر، و لا_ هی تحت یده، لأن المنافع إنما تکون تحت الید بتبع العین ذات المنفعة، و الأجیر لیس تحت ید الغیر المتبرع له. و أما الضمان بالاستیفاء فلا مجال له، لأنه یتوقف علی الأمر، و المفروض عدمه.

(۳) مجرد الأمر لا_ یوجب غرور الأجیر مع تقدم الإجارة منه لنفسه، ففرضه غیر ظاهر. و لو سلم فصدق الغرور إنما یصحح رجوع

الأجير

مستمسك العروة الوثقى، ج‌۱۲، ص: ۱۰۱

فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو المؤجر. و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك (۱) و يكون له الأجرة المسماة فى تلك الإجارة أو الجعالة (۲)، كما أن له الفسخ و الرجوع إلى الأجرة المسماة، و له الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذى فات (۳)، فيتخير بين الأمور الثلاثة.

و هو المغرور الى الغار، و لا يصحح رجوع المستأجر عليه، لعدم كونه مغروراً. و كان الأولى استثناء صورة كون الأمر موجباً لنسبة الإتلاف إلى الآمر، و إن كان التحقيق جواز الرجوع الى الآمر، لتحقق الاستيفاء.

(۱) لأنها معاملة وقعت على ماله من غير السلطان، فتكون كسائر موارد الفضولى محتاجة إلى الإجازة من السلطان. و إذا كانت الإجارة على ما فى الذمة فهى و إن لم تكن على مال الغير، لكنها على ما ينافى حق الغير، فلا بد من إجازته حينئذ. و كذا لو كان الواقع جعالة.

(۲) هذا إذا كانت الإجارة الثانية واقعة على ما وقعت عليه الإجارة الأولى. أما مع الاختلاف- كما لو وقعت الإجارة الثانية على ما فى الذمة- ففى استحقاق المجيز المسمى المذكور إشكال، لعدم كونه عوضاً عن ماله، لكون المفروض كون الإجارة الأولى على المنفعة الخاصة، و الثانية على ما فى الذمة بلا تعلق لها بالخارج. نعم فى الجعالة لا يكون العمل فى الذمة موضوعاً، بل العمل الخارجى المتحد مع موضوع الإجارة السابقة، فتكون الإجازة كافية فى تملك الجعل. و لا فرق بين أن تكون الجعالة شخصية كما لو تعلقت بعمل شخص ذلك الأجير، أو كلية كما إذا قال: من رد عبدى فله كذا، فإن الثانية منحلة إلى جعالات متعددة بتعدد الأشخاص.

(۳) يعنى: مطالبة الأجير لما عرفت و فى المسالك و عن القواعد:

مستمسك العروة الوثقى، ج‌۱۲، ص: ۱۰۲

و ان كانت الإجارة على الوجه الثانى- و هو كون منفعته الخاصة للمستأجر- فحاله كالوجه الأول، الا إذا كان العمل الغير على وجه الإجارة أو الجعالة، و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطى فأجر نفسه للغير للكتابة، أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة، فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك، لأن المفروض أنه مالك لمنفعة الخياطى، فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة (۱)،

أنه يتخير بين مطالبة الأجير و المستأجر، أما الأول: فلأنه المباشر للإتلاف، و أما الثانى: فلأنه المستوفى. و هو فى محله لأن كلًا منهما سبب فى الضمان، فيعمل بمقتضاه.

(۱) إذا فرضنا أن الإجارة الثانية منافية للإجارة الأولى، وجب البناء على توقف صحتها على إجازة المستأجر الأول. و لا تتوقف صحة الإجازة على كون موضوع العقد المجاز ملكاً للمجيز، فإنه تصح اجازة المرتهن لبيع الرهن و إن لم يكن ملكاً له، و تجوز إجازة ولى الزكاة لبيع العين الزكوية و إن قلنا بأن الزكاة حق فى العين لا جزء مشاع فيها، فصحة الإجازة من المجيز لا تتوقف على كونه مالكاً لموضوع الإجازة.

نعم انتقال العوض اليه يتوقف على كونه مالكاً للمعوض. و على هذا:

فإذا أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية و أطلق الإجازة صحت الإجارة، و وجب على الأجير العمل بمقتضاها، و ليس للمستأجر الأول شيء. و عليه الأجرة المسماة، و ليس له الفسخ. نعم لو لم يجز و عمل الأجير بمقتضى الإجارة الثانية، كان المستأجر الأول مخيراً بين الفسخ و الإمضاء، كما ذكر فى المتن.

مستمسك العروة الوثقى، ج‌۱۲، ص: ۱۰۳

فیکون مخیراً بین الأمرین من الفسخ و استرجاع الأجرة المسماة و الإبقاء و مطالبة عوض الفائت (۱).

و إن کانت على الوجه الثالث فکالثانی، الا أنه لا فرق فیه فی عدم صحة الإجازة بین ما إذا کانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر علیه، أو على غیره (۲)، إذ لیست منفعة الخیاطة- مثلًا- مملوکة للمستأجر حتى یمکنه إجازة العقد الواقع علیها (۳)، بل یملک عمل الخیاطة فی ذمة المؤجر.

و إن کانت على الوجه الرابع- و هو کون اعتبار المباشرة أو المدة المعینة على وجه الشرطیة لا القیدیة- ففیه وجهان: یمکن أن یقال: بصحة العمل للغیر بعنوان الإجارة

ثمَّ إنه بناء على ما عرفت من امتناع ملک المنفعتین المتضادتین، إذا وقعت الإجارة الثانیة على المنفعة المضادة لما وقعت علیه الإجارة الأولى، یشکل القول بصحتها حتى مع إجازة المستأجر الأول، لأنها لیست مملوکة للأجیر، فلا یمکن أن یملک عوضها.

(۱) یعنی: مطالبة الأجیر على ما عرفت.

(۲) أما إذا وقعت على غیره فلأنه لیس مملوکاً، بل هو مناف للمملوک له، و أما إذا کانت واقعة على نوعه، فلما ذکر فی المتن.

(۳) قد عرفت أن صحة الإجازة لا تتوقف على کون موضوع العقد المجاز ملکا للمجیز، بل یکفی کون مقتضى العقد منافیاً لحقه. و علیه لا مانع من صحة الإجازة، فیصح العقد معها، و إذا عمل بمقتضاه لا یکون للمجیز الخیار، و یلزمه دفع الأجرة التی استحقها علیه الأجیر بالإجارة الأولى. (و بالجملة): إذا وقعت الإجارة الثانیة على ضد العمل المستأجر

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۰۴

أو الجعالة، من غیر حاجة إلى الإجازة، و إن لم یکن جائزاً من حیث کونه مخالفة للشرط الواجب العمل، غایة ما یکون أن للمستأجر خیار تخلف الشرط. و یمکن أن یقال: بالحاجة إلى الإجازة، لأن الإجارة أو الجعالة منافیة لحق الشرط (۱) فتکون باطلة بدون الإجازة (۲).

علیه، فهی غیر واقعة على ملک المستأجر الأول، لکنها منافیة لحقه فلا تصح إلا بإذنه. و کذا إذا وقعت على مثله الخارجی، فإنه مضاد لما فی الذمة تضاد المثلین، فلا تصح أیضاً إلا بإذنه. و کذا إذا وقعت على مثله الذمی.

أما إذا وقعت على نفسه، فقد وقعت على مال المستأجر نفسه، فلا مجال للشبهة المذکورة.

و من هنا یظهر: أن الصور المتصورة فی الإجارة الثانیة خمس هی:

الإجارة على مثل العمل المستأجر علیه أولا مع کونه ذمیاً، و على مثله الخارجی، و على ضده الذمی، و على ضده الخارجی. و الجمیع مورد للإجازة، بناء على ما ذکرنا من صحة الإجازة إذا کان العمل على العقد الثانی منافیاً لحق المستأجر. الصورة الخامسة: أن تکون الإجارة الثانیة واقعة على نفس العمل الذمی الذی یملکه المستأجر، فلا مجال للإشکال الذی ذکره فی المتن، و تصح الإجازة فیه، و إذا أجاز ملک الأجرة الثانیة و علیه الأجرة الأولى للأجیر، بخلاف الصور الأربع، فإن الإجازة فیها لا تستوجب رجوع الأجرة الثانیة الیه، و علیه الأجرة الأولى للأجیر.

(۱) قد عرفت سابقاً: أن حق الشرط موجب لقصور سلطنة الأجیر عما ینافیه، فلو وقع المنافی کان صادراً من غیر السلطان، فیتعین القول بالبطلان بدون الإجازة.

(۲) و علیه یرجع الأجیر على المعمول له بأجرة المثل، لقاعدة:

«ما یضمن بصحیحة یضمن بفاسده». و کذا فی الوجه الثالث إذا کانت

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۰۵

[(مسألة ۵): إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة]

(مسألة ۵): إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة، أو من غير تعيين المدة و لو مع اعتبار المباشرة، جاز عمله للغير و لو على وجه الإجارة قبل الإتيان بالمستأجر عليه، لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدة. و دعوى: أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضى وجوب التعجيل، ممنوعة (۱). مع أن لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.

[(مسألة ۶): لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصى أو كلى على وجه التقييد]

(مسألة ۶): لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصى أو كلى على وجه التقييد، فحملها غير ذلك المتاع، أو استعملها فى الركوب، لزمه الأجرة المسماة و أجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب. و كذا لو استأجر عبداً للخياطة فاستعمله فى الكتابة.
بل و كذا لو استأجر حراً لعمل معين، فى زمان معين، و حمله على غير ذلك العمل، مع تعمده، و غفلة ذلك الحر و اعتقاده أنه العمل المستأجر عليه (۲). و دعوى: أن ليس للدابة فى زمان

الإجارة واقعة على غير نوع العمل الذى ملكه عليه المستأجر الأول، كما صرح بذلك فى الجواهر.
(۱) قد تقدم منه فى المسألة الخامسة من الفصل الأول: البناء على هذا الإطلاق، و الاجتزاء به عن تعيين المدة. مع أن المذكور فى كلماتهم فى مبحث القبض: أن الإطلاق يقتضى وجوب التعجيل فى دفع الثمن و المثمن. و لا فرق بينه و بين المقام.
(۲) هذا الاعتقاد لا يتوقف عليه الضمان، فان استيفاء المنفعة يوجب

واحد منفعتان متضادتان، و كذا ليس للعبد فى زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحق أجرتين؟!. مدفوعة: بأن المستأجر بتفويته على نفسه، و استعماله فى غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى (۱).

ضمانها حتى مع علم العامل بعدم الاستحقاق، كما يأتى فى الفصل الآتى.
(۱) قال العلامة فى القواعد: «لو سلك بالدابة الأشق من الطريق ضمن، و عليه المسمى و التفاوت بين الأجرتين، و يحتمل أجرة المثل. و كذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً». و علل احتمال أن المضمون أجرة المثل لا غير: بأن المسمى مجعول بالعقد فى قبال المنفعة الخاصة، و قد فاتت فيفوت بفواتها. و عن جامع المقاصد: أنه الأصح. و فيه: أن فوات المنفعة لا يقتضى بطلان العقد، و قد تقدم أنه لو بذل الأجير نفسه فى المدة المعينة فلم يستعمله المستأجر استحق الأجرة. و كذا إذا بذل المؤجر العين المستأجرة فلم ينتفع بها المستأجر فى المدة، فإن المؤجر أيضاً يستحق الأجرة، ففوات المنفعة فى المقام من قبل المستأجر لا يقتضى بطلان العقد، كى يقتضى عدم استحقاق الأجرة المسماة.
و تفصيل الكلام فى هذه المسألة: أن المنافع المتضادة لما لم تكن مقدورة قدرة عرضية، لامتناع اجتماع الضدين، لم تكن مملوكة ملكية عرضية، لأن القدرة على المنفعة من شرائط ملكها عند العقلاء، و لا يصح اعتبار الملكية لها عندهم إذا لم تكن مقدورة، فإذا كانت المنافع المتضادة غير مقدور عليها أصلًا لم تكن مملوكة أصلا، و إذا كانت مقدورة قدرة بدلية لا عرضية كانت مملوكة ملكية بدلية لا عرضية. و لذا لم يكن إشكال عندهم فى أن الغاصب لا يضمن جميع المنافع المتضادة، و إنما يضمن واحدة

.....

منها. و هذه الملكية تحتمل وجوهاً:

الأول: أن يكون المملوك منها خصوص الموجود دون المعدوم.

و لازمه عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، لأنها غير موجودة، فلا تكون مملوكة، فلا تكون مضمونة.

الثانى: أن يكون المملوك كل واحدة منها فى ظرف عدم الأخرى.

و لازمه ضمانهما معاً إذا لم تكن كل واحدة منها مستوفاة، لأن كل واحدة منهما حينئذ فى ظرف عدم الأخرى.

الثالث: أن يكون المملوك الجامع بنحو لا ينطبق عليهما فى عرض واحد، بل إذا انطبق على واحدة لم ينطبق على الأخرى، نظير مفاد النكرة، و نظير النصف الملحوظ فيما لو باع نصف الدار، فان النصف فى نفسه و إن كان ينطبق على كل من النصفين فى عرض واحد، فان كلًا من نصفى الدار نصف للدار، لكن المأخوذ موضوعاً للبيع لوحظ بنحو لا ينطبق على كل من النصفين فى عرض واحد، بل بنحو ينطبق على أحدهما و لا ينطبق على الآخر، و نظيره أيضاً الصاع الملحوظ فى بيع صاع من صبرة.

و على هذا يكون تطبيقه و تعيينه بيد المالك، فما عينه المالك يكون هو المملوك دون ما لم يعينه، و إن كان المستوفى غير ما عينه المالك، و لازمه فى المقام أن يكون المضمون هو المسمى، لأنه فى مقابل المنفعة التى عينها المالك، و ما استوفاه المستأجر لما لم يكن معيناً من المالك لا يكون مملوكاً، فلا يكون مضمونا.

الرابع: أن يكون المملوك هو الذى يعينه المالك إذا لم يكن تعين خارجى، و إلا- كان المتعين هو المملوك لا- غير و إن عينه المالك. و لازمه فى المقام أن يكون المضمون أجرة المثل، لأنها فى مقابل المنفعة المستوفاة المتعينة المملوكة، و عدم ضمان الأجرة المسماة لأنها فى مقابل منفعة غير

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۰۸

.....

مملوكة، لأنها غير المتعينة، و تعيين المالك لا أثر له مع التعين. و فى باب الغصب يضمن الغاصب ما استوفاه، و لا أثر لتعيين المالك.

و قد عرفت الإشكال فى الوجهين الأولين. و أما الوجه الأخير:

فتأباه كلمات الأصحاب فى باب الغصب، و أن الغاصب إذا استوفى منفعة و كان غيرها أعلى قيمة كان للمالك اختيار ضمان الغاصب الأعلى قيمة، فعن موضع من القواعد: «و لو تعددت المنافع- كالعبد الخياط الحائك- لزمه أجرة أعلاها، و لا تجب أجرة الكل». و عن موضع آخر أنه قال:

«و لو انتفع بالأزيد، ضمن الأزيد، و إن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق». و عن الروضة: «لو تعددت المنافع فإن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب أجرة ما أمكن، و إلا- كالحياكة و الخياطة و الكتابة- فأعلاها أجرة. و لو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الأعلى». لكن الظاهر أن مورد كلامه صورة عدم الانتفاع بمنفعة معينة. نعم عن المسالك: «إن استعملها فى الأعلى ضمنها، و إن استعملها فى الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها، ففى ضمان أجرة متوسطة أو الأعلى، وجهان»: فهذه الكلمات و نحوها- كما ترى- صريحة فى عدم ضمان المنفعة المستوفاة، و ضمان غير المستوفاة، و هو فى بادئ النظر غريب، فإنه لا اشكال و لا خلاف فى ضمان المنافع المستوفاة، فكيف ساغ البناء على عدم ضمانها و ضمان غير المستوفاة؟! و التحقيق أن يقال فى المقام: إن المنافع المتضادة و إن كانت متباينة، لكنها مشتركة فى جهة الانتفاع، فاذا اختلفت مرتبة الانتفاع بالشدة و الضعف و الزيادة و النقيصة، فالإجارة على إحداها بعينها قد لوحظ فيها القيد بنحو تعدد المطلوب، فاذا استوفى المستأجر المساوى المباين لها كان

للمالک المؤجر الخيار. فإذا استأجر الدابة ليحمل عليها كيساً فيه مقدار

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۰۹

.....

معين من الحنطة، فحملها كيساً آخر مثله لم يستحق أجرة أخرى، و إنما له الخيار بفوات القيد. و إذا حملها كيساً آخر فيه حنطة ضعف المقدار المعين في الإجارة، فنصفه مستحق الإجارة، و عليه أجرة النصف الآخر و إذا حملها كيساً آخر فيه من الحنطة نصف المقدار المعين في الإجارة، لم يكن عليه غير المسمى، كأنه استوفى نصف حقه. نعم ربما يكون للمؤجر الخيار لفوات القيد أيضاً.

و بالجملة: الذي يساعده الارتكاز العرفي أن المتباينات ملحوظة في المقام و في باب الضمان مع تفاوت القيمة من قبيل الأقل و الأكثر. و القيود و الخصوصيات الموجبة للتباين ملحوظة عندهم بنحو تعدد المطلوب، فيكون الأقوى في المقام ما ذكره في القواعد من لزوم المسمى و التفاوت. و لم أقف عاجلًا على من وافق المصنف في وجوب الأمرين: المسمى و أجرة المثل و إن كان له في نفسه وجه، لكنه خلاف المرتكز العرفي و مذاق الفقهاء في باب الضمانات. فلاحظ. و كذا الحكم في ضمان الغاصب.

و مما ذكرنا يظهر أن المحتملات في حكم المسألة أربعة: الأول: لزوم المسمى فقط، و يقتضيه الوجه الثالث من وجوه كيفية ملك المنافع المتضادة الثاني: لزوم أجرة المثل فقط. و مبناه بطلان العقد، إما لفوات المنفعة كما ذكر في التعليل، أو لعدم ملكية المنفعة غير الموجودة كما يقتضيه الوجه الرابع من الوجوه السابقة، أو لصحيح أبي ولاد الآتي

. الثالث:

لزوم المسمى و أجرة المثل معاً، كما هو مختار المصنف (ره)، و يقتضيه البناء على ملكية المنافع المتضادة في عرض واحد. الرابع: أعلى القيمتين إن كانت إحدى المنفعتين أعلى قيمة، و المسمى فقط إن لم يكن كذلک.

و يقتضيه ما ذكرناه من أن المرتكز العرفي جعل القيود الموجبة للتباين ملحوظة بنحو تعدد المطلوب، و تكون الزيادة في المنفعة المستوفاة من قبيل

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۱۰

.....

الزيادة في المنفعة المسماة، و يكون المقام نظير ما لو استأجر الدابة و اشترط عليه المالک أن يكون الحمل مقداراً معيناً لا أزيد، فحملها أكثر منه و أزيد، فإنه يستحق المسمى و أجرة الزائد لا غير، و يكون له الخيار في الفسخ و الرجوع إلى أجرة المثل.

نعم قد ينافي ذلک في باب الغصب ظاهر ما ورد من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة، المتضمنة لضمان الغاصب أجرة ما استوفاه مطلقا، و إن كان للعين المغصوبة منفعة أعلى، و منها صحيح أبي ولاد

«۱» المشهور الذي قد اكترى بغلًا من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً لطلب غريم له، فلما صار قرب قنطرة الكوفة أخبر أن غريمه توجه إلى النيل، فتوجه نحو النيل، فلما أتى النيل خبر أنّ صاحبه توجه إلى بغداد فتوجه الى بغداد، ثمَّ رجع إلى الكوفة. بل هو وارد فيما نحن فيه من استيفاء المستأجر منفعة مضادة للمنفعة المقصودة له بالإجارة، و الامام (ع) ضمنه كرى البغل من الكوفة إلى النيل، و من النيل إلى بغداد، و من بغداد إلى الكوفة، و لم يضمنه الأجرة المسماة، و لم يجعل للمالک الاختيار لأيّ منفعة شاء.

لكن الظاهر أن الوجه فيه ما ذكرناه من أن الملحوظ للمكاري قطع المسافة فتكون نسبة المنفعة المستوفاة إلى المسماة نسبة الأكثر إلى الأقل، لا ـ لأجل بطلان العقد الواقع، و لا لأن التعين الخارجي دخيل في الملكية. و كذلک حال النصوص الأخرى فإنها أيضاً منزلة على ما ذكرنا، و يكون المراد من النصوص هو المراد من تعبير الفقهاء: أنه يضمن الأعلى. يعنون به:

أنه یضمن المستوفی مع التفاوت. کما أنه لا یبعد أن یکون عدم تعرض النصوص- کالصحیح و غیره- لضمان المنافع غیر المستوفاة التی هی أعلی قیمة لأنها منفعة غیر محتسبة و لا منتظرة من العین، و حینئذ لا یدل الصحیح

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱۱

.....

علی عدم ضمانها مطلقاً. و إن کان هذا المعنی لا یرتبط بما نحن فیه.

و المتحصل مما ذکرناه: أن ما ذکره فی القواعد من الاحتمال الأول هو الذی یقتضیه المذاق العرفی. لکن البناء علیه و رفع الید عن الاحتمال الثالث، الموافق لأصل البراءة. لا یخلو من شبهة و إشکال، و إن کان هو الأظهر. و قد جزم به فی موضع آخر من القواعد. قال: «و ان زرع الأضرّ من المعین فللمالک المسمی و أرش النقصان». و عن التحریر أنه قال: له المسمی و أجرة الزیادة. و هو المراد مما فی القواعد کما فی مفتاح الکرامة، و حکی فیه عن المبسوط: التخییر بین ذلک و بین أجرة المثل.

و قال: «إنه أشبه بالصواب، ثمَّ قال: و هو خیرة التذکرة، و کذا الشرائع و التحریر و الإرشاد فی باب المزارعة، قالوا: لو زرع ما هو الأضر کان للمالک أجرة المثل أو المسمی مع الأرش، و الذی یقتضیه التدبر فی ملاحظة الکتب الثلاثة: أن ذلک فیما لو استأجرها للزراعة أو زارع علیها، و لیست مسوقة للمزارعة خاصة .. إلی أن قال: و إن هذه العبارة خاصة بالإجارة». و یؤید ذلک ما ذکره فی القواعد قال: «لو عین اقتصر علیه و علی ما یساویه، أو یقصر عنه فی الضرر علی إشکال».

و عن التذکرة: أن القول بأن له أن یزرع ما عینه، و ما ضرره کضرره أو أدون و لا یتعین ما عینه قول عامة أهل العلم، إلا داود و باقی الظاهریة، فإنهم قالوا: لا یجوز له زرع غیر ما عینه. حتی لو وصف الحنطة بأنها حمراء لم یجز أن یزرع البیضاء. و نسبه فی محکی الخلاف أیضاً إلی أبی حنیفة و الشافعی و عامة الفقهاء، و عن المبسوط: أنه نسبه إلی جمیع المخالفین، و عن جامع المقاصد: أن جواز العدول هو المشهور بین عامة الفقهاء، و قال أیضاً: إنه المشهور. و فی مفتاح الکرامة وجه القول بجواز العدول:

بأن الغالب المعروف المألوف أن الغرض المقصود فی الإجارة للمالک تحصیل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱۲

[(مسألة ۷): لو آجر نفسه للخیاطة – مثلًا – فی زمان معین، فاشتغل بالکتابة]

(مسألة ۷): لو آجر نفسه للخیاطة- مثلًا- فی زمان معین، فاشتغل بالکتابة للمستأجر مع علمه بأنه غیر العمل المستأجر علیه، لم یستحق شیئاً. أما الأجرة المسماة: فلتفویتها علی نفسه بترک الخیاطة، و أما أجرة المثل للکتابة- مثلًا-:

فلعدم کونها مستأجراً علیها، فیکون کالمتبرع بها. بل یمکن أن یقال بعدم استحقاقه لها و لو کان مشتبها غیر متعمد (۱)، خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.

[(مسألة ۸): لو أجر دابته لحمل متاع زید من مکان إلی آخر فاشتبه]

(مسألة ۸): لو أجر دابته لحمل متاع زید من مکان إلی آخر فاشتبه و حملها متاع عمرو، لم یستحق الأجرة علی زید و لا علی عمرو.

[(مسألة ۹): لو آجر دابته من زید – مثلا – فشردت]

(مسألة ۹): لو آجر دابته من زید- مثلا- فشردت

الأجرة خاصة، و هی حاصلة علی التقادیر الثلاثة، فکلام أهل العلم مبنی علی الغالب المعروف.

و ما ذکره الجماعة و إن کان محلا للمنع، بل لا ینبغی الارتیاب فی خلافه، و عدم جواز التعدی عن تعیین المالک. لکن قد یفهم منه حکم المقام بطریق الأولویة. و بالجملة: إذا لاحظت کلماتهم تعرف أن الارتکاز العرفی المذکور مما لا معدل عنه عندهم «۱».

(۱) یفترق الحکم هنا عما کان فی المسألة السابقة: بأن العمل فی المقام مع العلم و الجهل لا یتحقق معه عنوان الاستیفاء، لأنه لم یکن بأمر من الغیر، بخلاف العمل فی المسألة السابقة، فإنه بأمر یتحقق معه عنوان الاستیفاء. و اعتقاد الأمر هنا مع الجهل لا یکفی فی صدق الاستیفاء.

---

(۱) قد ذکرنا فی مبحث المزارعة ماله نفع فی المقام فراجع. (منه قدس سره)

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱۳

قبل التسلیم الیه أو بعده فی أثناء المدة، بطلت الإجارة (۱).

و کذا لو آجر عبده فأبق. و لو غصبهما غاصب، فان کان قبل التسلیم فکذلک. و إن کان بعده یرجع المستأجر علی الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة (۲). و یحتمل التخییر (۳) بین الرجوع علی الغاصب و بین الفسخ فی الصورة الأولی (۴) و هو ما إذا کان الغصب قبل التسلیم.

[(مسألة ۱۰): إذا آجر سفینته لحمل الخل مثلا من بلد إلی بلد، فحملها المستأجر خمراً]

(مسألة ۱۰): إذا آجر سفینته لحمل الخل مثلا من بلد إلی بلد، فحملها المستأجر خمراً، لم یستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة، و لا یستحق أجرة المثل لحمل الخمر، لأن أخذ الأجرة علیه حرام، فلیست هذه المسألة مثل مسألة إجارة العبد للخیاطة، فاستعمله المستأجر فی الکتابة (۵).

لا یقال: فعلی هذا إذا غصب السفینة و حملها خمراً، کان اللازم عدم استحقاق المالک أجرة المثل، لأن أجرة حمل الخمر حرام. لأنا نقول: إنما یستحق المالک أجرة المثل للمنافع

---

(۱) یعنی: فی باقی المدة، لفوات المنفعة و تعذرها، فتکون الإجارة واقعة علی مالا منفعة له.

(۲) هذا مبنی علی تنزیل الغصب منزلة التلف، کما تقدم القول به فی امتناع المؤجر من التسلیم، کما تقدم ضعفه، فراجع المسألة العاشرة و الحادیة عشرة من الفصل الثالث.

(۳) هذا هو المتعین کما عرفت.

(۴) قد عرفت هناک احتماله فی الصورة الثانیة.

(۵) تقدم فیها ماله نفع هنا، فراجعه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱۴

الحللة الفائتة فی هذه المدة. و فی المسألة المفروضة لم یفوت علی المؤجر منفعة، لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

[(مسألة ۱۱): لو استأجر دابة معینة من زید للرکوب إلی مکان]

(مسألة ۱۱): لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان، فاشتبه و ركب دابة أخرى له، لزمه الأجرة المسماة للأولى، و أجرة المثل للثانية، كما إذا اشتبه فركب دابة عمرو فإنه يلزمه أجرة المثل لدابة عمرو و المسماة لدابة زيد، حيث فوت منفعتها على نفسه.

[(مسألة ۱۲): لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلًا]

(مسألة ۱۲): لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلًا، ثمَّ آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو، لم تصح الإجارة الثانية (۱). و لو فسخ الأولى بخيار أو إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحتها، بل و لو أجازها ثانياً، بل لا بد له من تجديد العقد، لأن الإجازة كاشفة (۲)، و لا يمكن

---

(۱) لما سبق من أن المنفعة الثانية لما لم تكن مملوكة للأجير- لمباينتها للأولى- لم تمكن الإجارة عليها، لعدم السلطنة له عليها، بل لا تصح و إن أجاز المستأجر الأول، لأن المانع لا ينحصر بتعلق حق الغير كما سبق كي تصح الإجارة بإجازته، بل المانع عدم الملك لا للأجير و لا لغيره.

نعم إذا كانت الإجارة الأولى واقعة على منفعته الخاصة و كذلك الثانية، و كانت الخصوصية- أعني: كون الصوم عن زيد- ملحوظة على نحو تعدد المطلوب، أمكن أن تكون إجازة المستأجر الأول راجعة إلى رفع اليد عن الخصوصية، و حينئذ تصح الثانية بالإجازة، و ترجع الأجرة المذكورة فيها إلى المستأجر الأول.

(۲) هذا لا يجدي في المنع، إلا بناء على الكشف الحقيقي. و العمدة:

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۱۵

الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة، فيكون نظير من باع شيئا ثمَّ ملك (۱)، بل أشكل.

[فصل لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير]

اشارة

فصل لا- يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير، بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير، لا لما قيل: من عدم كون مال الإجارة موجوداً حينئذ، لا في الخارج و لا في الذمة، و من هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها و لو من

أن إضافة العوض إلى مالك بعينه من قوام المعاوضة، فإذا تبدل فقد فاتت المعاوضة الواقعة و تعذرت صحتها.

(۱) لأن الصوم عن عمرو لما كان ضد الصوم عن زيد، فاذا ملك المستأجر الأول الثاني، خرج الأول عن كونه مملوكاً للمؤجر، لما عرفت من أن القدرة على المتضادين لما كانت بدلية كانت الملكية لها كذلك، فاذا ملك المستأجر الأول أحدهما تعييناً خرج الآخر عن الملكية تعييناً و تخييراً، فاذا فسحت الإجارة الأولى صار الضدان مملوكين على البدل، كحالهما قبل الإجارة، فاذن تكون الإجارة الثانية قبل الفسخ واقعة على منفعة غير مملوكة.

و كأن الوجه في كونه أشكل: أن عدم القدرة على الضد الثاني يوجب خروجه عن صلاحية الملك، فالمانع فيه ذاتي، بخلاف مسألة من باع ثمَّ ملك فان المانع فيه عرضي، و هو تبدل المالك من دون قصور في ذات المملوك.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۱۶

غير الحنطة و الشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضاً. لمنع ذلك (۱)، فإنهما في نظر العرف و اعتباره بمنزلة

الموجود کنفس المنفعة، و هذا المقدار کاف فی الصحة نظیر بیع الثمار سنتین، أو مع ضم الضمیمة، فإنها لا یجعل غیر الموجود موجوداً، مع أن البیع وقع علی المجموع. بل للأخبار الخاصة (۲). و أما إذا آجرها بالحنطة أو الشعیر فی الذمة

---

(۱) هذا المنع یتم إذا کان المقصود من الدلیل المنع العقلی. أما إذا کان المقصود المنع الشرعی من جهة الغرر، الحاصل من الشک فی الوجود أو الشک فی مقدار الموجود، فالمنع المذکور لا یرفع الغرر الحاصل.

(۲) المشتمل بعضها علی النهی عن إجارة الأرض بالطعام، و علل فی بعضها بأنه غیر مضمون،

ففی موثق أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع): «لا- تؤجر الأرض بالحنطة و لا- بالشعیر و لا- بالتمر و لا- بالأربعاء و لا بالنطاف، و لکن بالذهب و الفضة، لأن الذهب و الفضة مضمون و هذا لیس بمضمون» «۱».

و فی آخر: بأنه یلزم إجارة الحنطة بالحنطة و الشعیر بالشعیر

«۲». و

فی ثالث: «إن کان من طعامها فلا خیر فیه» «۳».

و ظاهر الجمیع الاختصاص بما کان منها أو من غیرها المعین و لم یعرف المخالف فی المنع إلا ما یظهر من التبصرة و المختلف، تبعاً لما یظهر من النافع کما قیل. لکنه مخالف لظاهر النهی المذکور المعول علیه

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب المزارعة حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب المزارعة حدیث: ۱۱.

(۳) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب المزارعة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۱۷

لکن بشرط الأداء منها، ففی جوازه إشکال و الأحوط العدم (۱) لما یظهر من بعض الاخبار، و إن کان یمکن حمله علی الصورة الأولی. و لو آجرها بالحنطة أو الشعیر من غیر اشتراط کونهما منها فالأقوی جوازه (۲)، نعم لا یبعد کراهته. و أما إجارتها

عند المشهور. و التعبیر

بقوله (ع): «لا خیر فیه»

لا یصلح لصرف النهی عن ظاهره، بل لعله ظاهر فی نفسه فی المنع.

(۱) احتمل فی الجواهر العدم، لما یظهر من بعض النصوص فی خصوص هذا الشرط کما ذکر فی المتن. لکنه استظهر الجواز، للعمومات.

و هو غیر بعید.

(۲) عملًا بالتعلیل بأنه غیر مضمون، المقتضی للجواز فی المضمون.

لکن عن بعض: المنع إذا کان من جنس ما یزرع فیها،

لصحیح الحلبی: «لا تستأجر الأرض بالحنطة ثمَّ تزرعها حنطة» «۱».

مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲، ص: ۱۱۷

و یساعده بعض التعلیلات المتقدمة. لکن المشهور علی خلافه. و لأجله یشکل العمل بالصحیح، مع أن دلالته لا تخلو من خفاء. و أما دعوی: المعارضة للتعلیل بعدم الضمان، فغیر ظاهرة، لإمکان تعدد وجوه المنع.

و العمدة: أن الخبر المشتمل علی التعلیل ضعیف بالإرسال و غیره، فلا مجال للاعتماد علیه. مضافاً إلی معارضته بخبر الهاشمی، عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج، بدراهم مسماة أو بطعام مسمی، ثمَّ آجرها و شرط لمن یزرعها أن یقاسمه النصف أو أقل من ذلک أو أکثر، و له فی العوض بعد ذلک فضل، أ یصلح له لذلک؟ قال (ع): نعم إذا حفر لهم نهراً ..» «۲»

فتأمل.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب المزارعة حدیث: ۳.

(۲) الوسائل باب: ۲۱ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۱۸

بغیر الحنطة و الشعیر من الحبوب، فلا إشکال فیه (۱)، خصوصا إذا کان فی الذمة، مع اشتراط کونه منها أولا.

[(مسألة ۱): لا بأس بإجارة حصة من أرض معینة مشاعة]

(مسألة ۱): لا بأس بإجارة حصة من أرض معینة مشاعة، کما لا بأس بإجارة حصة منها علی وجه الکلی فی المعین مع مشاهدتها علی وجه یرتفع به الغرر. و أما إجارتها علی وجه الکلی فی الذمة فمحل إشکال، بل قد یقال: بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، و لذا لا یصح السلم فیها. و فیه:

أنه یمکن وصفها علی وجه یرتفع، فلا مانع منها إذا کان کذلک.

[(مسألة ۲): یجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً]

(مسألة ۲): یجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً،

---

(۱) فی خبر أبی بصیر المتقدم

ذکر التمر مع الحنطة و الشعیر، و مقتضاه المنع فیه، بل مقتضی التعلیل بعدم الضمان: اطراد المنع فی کل ما یخرج منها. و إن کان ظاهر بعض: الاختصاص بالحنطة و الشعیر.

و وجهه غیر ظاهر، لعموم التعلیل فی النص، و عموم ما ذکروه فی وجه المنع الذی أشار إلیه المصنف (ره) فی صدر المسألة، و لذا کانت عباراتهم مطلقة. قال فی القواعد فی کتاب المزارعة: «تجوز إجارة الأرض بکل ما یصلح أن یکون عوضاً فی الإجارة و إن کان طعاماً إذا لم یشترط أنه مما یخرج من الأرض». و قال فی مفتاح الکرامة: «لأنه لا یجوز اشتراط کونه مما یخرج منه، کما فی الخلاف و المبسوط و السرائر، و المختلف و التنقیح، و جامع المقاصد. و لا یصح کما فی إیضاح النافع، و الکتاب.

و یکون حراما، کما فی التذکرة ..» إلی آخر ما حکاه من عباراتهم.

و حینئذ فنفی الإشکال فی المتن غیر ظاهر، لا من حیث النص و لا من حیث الفتوی.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۱۹

لأنه منفعة محللة (۱). و هل یثبت لها آثار المسجد من حرمة التلویث و دخول الجنب و الحائض و نحو ذلک.؟ قولان.

أقواهما: العدم (۲). نعم إذا کان قصده عنوان المسجدیة لا مجرد للصلاة فیه (۳)، و کانت المدة طویلة کمائة سنة أو أزید لا یبعد ذلک، لصدق المسجد علیه حینئذ.

---

(۱) خلافاً لأبی حنیفة، لأن فعل الصلاة لا یجوز استحقاقه بعقد الإجارة، فلا تجوز الإجارة لذلک. و فیه أنه لا ملازمة بین بطلان الإجارة علی الصلاة، و بطلان إجارة المکان للصلاة، لأن الإجارة علی الصلاة تقتضی لزوم الصلاة، و إجارة المکان للصلاة لا تقتضی لزوم الصلاة. مضافاً إلی أن استحقاق الصلاة و لزومها بالإجارة لا یقتضی بطلانها، کما فی صلاة الأجیر.

(۲) کما عن جامع المقاصد، لأن المسجد اسم للموقوف مؤبداً لذلک.

و عن الأردبیلی: دعوی کوی المسجد أعم من الموقوف مؤبداً و غیره کالمقام، خصوصا فی المدة الطویلة کمائة سنة. لکنه کما تری مخالف لظاهر الاتفاق علی اعتبار التأبید، کما یظهر من کلماتهم فی الصلاة. مع أن الشک فی ذلک کاف فی عدم ترتب الأحکام، للأصل. و إطلاق أدلتها یسقط عن الحجیة، إذ لیس المراد منه المعنی اللغوی ضرورة، بل المراد منه مفهوم شرعی، فمع الشک فی حصوله یرجع إلی أصالة عدم ترتب الأثر.

(۳) لا إشکال فی أن عنوان المسجد من العناوین القائمة بنفسها، لا ترتبط بفعل المکلف، و لذا لو خرب المسجد لم تبطل مسجدیته و إن تعذرت الصلاة فیه. بخلاف ما لو خرب المکان الذی وقف علی أن یکون مصلی، فإنه إذا تعذرت الصلاة فیه فقد تعذرت المنفعة المقصودة من الوقف، فتبطل وقفیته. ثمَّ إنه إذا اعتبر الدوام فی المسجدیة فلا مجال

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۲۰

[(مسألة ۳): یجوز استئجار الدراهم و الدنانیر للزینة أو لحفظ الاعتبار]

(مسألة ۳): یجوز استئجار الدراهم و الدنانیر للزینة (۱) أو لحفظ الاعتبار، أو غیر ذلک من الفوائد التی لا تنافی بقاء العین.

[(مسألة ۴): یجوز استئجار الشجر لفائدة الاستظلال و نحوه]

(مسألة ۴): یجوز استئجار الشجر لفائدة الاستظلال و نحوه (۲) کربط الدابة به، أو نشر الثیاب علیه.

[(مسألة ۵): یجوز استئجار البستان لفائدة التنزه]

(مسألة ۵): یجوز استئجار البستان لفائدة التنزه، لأنه منفعة محللة عقلائیة.

[(مسألة ۶): یجوز الاستئجار لحیازة المباحات]

(مسألة ۶): یجوز الاستئجار لحیازة المباحات (۳)

للإجارة المذکورة، و إن لم یعتبر لا حاجة إلی اعتبار أن تکون المدة طویلة.

(۱) کما صرح به فی الشرائع و غیرها. و عن مجمع البرهان: «لا شک فیه لو حصل نفع مقصود محلل، لإطلاق أدلة الإجارة». و هو فی محله.

أما إذا لم یکن لها نفع کذلک فلا ینبغی التأمل فی البطلان، لأن أکل الأجرة حینئذ یکون أکلًا للمال بالباطل. و فی الجواهر: «و

احتمـال عـدم الجواز حتی مع تحقق المنفعـة، للشـک فی تناول مثل ذلک، فی غیر محله، کاحتمال عـدم جواز إجارتهما لعـدم صـحة وقفهما، و عدم ضـمان منفعتهما لو غصبا. و فیه: أولًا ..» إلی آخر ما ذکر فی الاشکال من منع الملازمة و منع عدم جواز الوقف، و منع عدم الضمان.

(٢) کما صرح به فی الجواهر، لما ذکر فیما قبله.

(٣) هـذه المسألـة مـذکورة فی الشـرائع فی أواخر کتاب الشـرکة، و قد اختار فیها الجواز. و فی القواعد قال: «فی جواز الاستئجار علی الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط نظر، ینشأ من وقوع ذلک للمؤجر أو المستأجر».

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ١٢١

کالاحتطاب و الاحتشاش و الاسـتقاء. فلو اسـتأجر من یحمل الماء له من الشط- مثلا- ملک ذلک الماء بمجرد حیازة السـقاء فلو أتلفه متلف قبل الإیصال إلی المستأجر ضمن قیمته له.

و کـذا فی حیازة الحطب و الحشیش. نعم لو قصد المؤجر کون المحوز لنفسه، فیحتمل القول بکونه له (١)، و یکون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته علیه من المنفعـة، خصوصاً (٢) إذا کـان المؤجر آجر نفسه علی وجه یکون تمـام منافعه فی الیوم الفلانی للمسـتأجر، أو یکون منفعته من حیث الحیازة له، و ذلک لاعتبار النیة فی التملک بالحیازة و المفروض أنه لم یقصد کونه للمستأجر بل قصد نفسه. و یحتمـل القـول بکـونه للمسـتأجر لأـن المفروض أن منفعته من طرف الحیـازة له، فیکـون نیـة کونه لنفسه لغواً و المسألـة مبنیـة علی ان الحیازة (٣)

---

(١) هـذا یتم حتی علی القول بتبعیـة المحاز للحیازة فی الملکیـة إذا کان المسـتأجر علیه فی الذمـة، لأن انطباق ما فی الذمة علی ما فی الخارج یحتاج إلی قصد، و إن انحصر فی فرد، و لا یکون قهریاً و ان کان ذلک فی الکلی الخارجی

(٢) راجع إلی الضمان.

(٣) الوجوه المتصورة بدواً فی سببیة الحیازة للملک ثلاثة: الأول:

أن تکون سـبباً لملـک الحـائز مباشـرة، و هو من قامت به الحیازة مطلقاً، سواء قصـد نفسه أم غیره أم لم یقصـد. الثانی: أن تکون سـبباً لملک من کانت له الحیازة، فیکون المحاز تابعاً لها فی الملکیة، تبعیة الثمرة للشجرة، و الحمل للدابة، و النماء لذی النماء، مطلقاً أیضاً. الثالث: أن تکون سبباً لملک من جعلت له و لو تبرعاً، فتکون سببیتها متقومة بالقصد، فان

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ١٢٢

.....

قصـد الحائز بها نفسه ملک هو المحاز، و إن قصد غیره ملک غیره المحاز، و ان لم یقصد أصـلا لم یملک المحاز مالک، و بقی علی إباحته الأصلیة.

هذا و لا ینبغی الإشکال فی صحة الإجارة علی الوجهین الأخیرین.

نعم قد تشکل بناء علی الوجه الأول، بل فی المتن أن لازمه عدم صحة الإجارة. و کأنه لعدم رجوع المنفعة إلی المستأجر حینئذ. و فیه: أنه یکفی فی صـحتها ترتب غرض مـا علی حصول العمـل المسـتأجر علیه، نظیر الإجـارة علی النیابـة عن میت من أموات المسـتأجر، و الاستئجار لإرضاع الولـد و تعلیمه الکتابة و نحوها من الکمالات، فالوجوه کلها مشترکة فی صـحة الإجارة علیها، و لا فرق بین الأول و الأخیرین فی ذلک.

نعم تختلف فی أمر آخر، و هو ملکیة المحاز للمستأجر، فعلی الأول:

لا_ يملكه المسـتأجر مطلقـاً، و إنمـا يملكه الأـجير الحـائز، و على الثـانى: يملكه المسـتأجر مطلقاً. إذا كانت الإجارة واقعـة على المنفعة الخاصة وحدها أعنى:

منفعة الحيازة، أو مع غيرها بأن كان جميع منافعه ملحوظة فى الإجارة، فإن الحيازة على هذا تكون ملكاً للمستأجر فيتبعها المحاز، و أما إذا كانت واقعة على ما فى الذمة، فإن قصد الأجير تشـخيص ما فى ذمته الواجب عليه بالإجارة، كانت الحيازة الخارجية ملكا للمستأجر فيتبعها المحاز.

أما إذا لم يقصـد ذلك، بل قصـد نفسه، كان المحاز له، و يكون قد فوت العمل المسـتأجر عليه على المسـتأجر، فيرجع المسـتأجر عليه بـأجرة المثـل لو لم يفسـخ، أو بالمسـمى إذا كـان قـد فسـخ. و على الثـالث: مقدميـة الإجارة لتملك المحاز. تتوقف على وقوعها على الحيازة بقصـد كونها للمسـتأجر» إذ لو وقعت على نفس فعل الحيازة مطلقاً اسـتحق الأجير الأجرة و لو قصد نفسه، و يكون هو المالك حينئذ للمحاز، فالإجارة إنما يترتب عليها تملك المستأجر للمحاز، إذا وقعت على الحيازة بنحو خاص،

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۲۳

.....

أعنى: بقصد كونها للمسـتأجر. و حينئذ فإن قصد الحائز ذلك استحق الأجرة، و كان المحاز للمستأجر. و إن قصد نفسه كان المحاز له دون المسـتأجر، مـن دون فرق بين وقـوع الإجـارة على منفعته الخاصـة و وقوعهـا على مـا فى الذمـة، و حينئـذ يسـتحق المسـتأجر عليه المسمى أو أجرة المثل كما سبق.

و كذا لو لم يقصد شيئاً، لكن فى هذه الصورة يبقى المحاز على إباحته الأصلية.

ثمَّ إن الوجهين الأخيرين يمكن إرجاع ثانيهما إلى أولهما، بناء على أنه يكفى فى ملكيـة العمل صدوره عن فاعله بقصد أنه لزيد مثلا، فيكون ملكاً لزيـد بمجرد ذلك، فإنه على هـذا المبنى تكون ملكيـة المقصود للمحاز تابعـة لملكيـة الحيازة، فالمتبرع عن غيره بالحيازة يملكها للمتبرع عنه، فيملك المتبرع عنه المحاز، كما يملك نفس الحيازة بالتبرع عنه فيها. فالحيازة تارة:

تملك بعقد الإجارة للمسـتأجر. و أخرى: يملكها المتبرع عنه بالتبرع من الحائز عنه، فيملكها المتبرع عنه بذلك التبرع الراجع إلى فعلها بقصـد كونهـا لغيره، فتكون حـال وقوعها ملكاً للمتبرع عنه، فيتبعها المحاز. فالبناء على الثالث أيضاً راجع إلى تبعيـة المحاز للحيازة فى الملكية. نعم إذا كانت منفعة الحيازة مملوكة على الحائز بالإجارة، لا سلطنة له على جعلها لغير المستأجر المالك لها. نعم بين الوجهين فرق من جهة أخرى، تظهر بالتأمل فيما ذكرنا.

و كيف كان: لا ينبغى التأمل فى أن الرجوع إلى المرتكز العرفى- الـذى هو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة و الوكالة و مالا تدخله- يقتضـى البناء على كون العناوين المـذكورة فى المتن مما تـدخله النيابـة، فإنها عنـد العرف كـذلك. بل التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة، فى كل مورد كان موضوعاً لحكم شرعى، يقتضى البناء عليه هنا، لأنها من أنواعه و أنحائه. فيبطل الوجه الأول.

هذا و لأجل أن اعتبار النيابة عند العقلاء إنما يصح فيما إذا كان

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۲۴

.....

للمنوب فيه أثر يترتب عليه، و إلا_ لم يكن للنيابـة معنى، و لا_ مجـال لاعتبارها عنـد العقلاء، فيكون بناؤهم على صـحة النيابـة فى هـذه العنـاوين كاشـفاً عن كونهـا موضوعـاً للآثـار مطلقـاً، فيتعين الوجه الثانى الـذى هو ثالث الوجوه المـذكورة فى المتن، و يترتب عليه ما عرفت من أنه إذا اسـتأجره بلحاظ المنفعـة الخاصـة- أعنى: منفعة الحيازة- كان المحاز ملكا للمسـتأجر، تبعاً لملكية الحيازة و إن قصـد

الأجير الحيازة عن نفسه أو عن غير المستأجر، لعدم نفوذ قصده، لكونه تصرفاً في ملك المستأجر، كما لو حاز العبد بقصد غير مولاه. و في الشرائع في كتاب الشركة قال: «إذا استأجره للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة، صحت الإجارة، و يملك المستأجر ما يحصل في تلك المدة». لكن قال في كتاب الوكالة: «إن الأمور المذكورة لا تقبل النيابة». و أشكل عليه: بأن البناء على أنها لا تقبل النيابة يقتضي المنع من صحة الإجارة عليها. و في الجواهر دفع الإشكال: «بأنه قد يمنع التلازم، و يكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة، و هو غير التملك بالنيابة في الحيازة. ثمَّ قال: فتأمل» و لعله أشار بالأمر بالتأمل إلى أنه إذا لم تقبل العناوين المذكورة اختصت آثارها بالمباشر، فيكون المباح ملكاً له، فإذا بني على كونه ملكاً لمالك الحيازة و إن لم يكن هو المباشر، كان ذلك قولا بقبولها للنيابة، إذ ليس المراد من كونها قابلة للنيابة إلا هذا المعنى، بأن يكون الأثر لغير المباشر ثمَّ إنه قد استدل على الوجه الأول من الوجوه التي ذكرناها، بما دل على أن من حاز ملك، فان المضمون المذكور و إن لم يرد به نص بلفظه، فقد ورد ما يدل على معناه، مثل

قوله (ع): «لليد ما أخذت

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۲۵

.....

و للعين ما رأت» «۱».

و فيه: أنه إذا كانت المرتكزات العرفية قاضية بقبولها النيابة، فقد صدق ذلك بالنسبة إلى المنوب عنه و لا يصدق بالنسبة إلى النائب، كما يظهر من ملاحظة نظائره، فإذا ورد: «من صلى ركعتين فله كذا»، و قلنا بقبول الصلاة للنيابة، كانت الصلاة الواقعة من النائب منسوبة إلى المنوب عنه. لا إلى النائب، مثل: من باع أو تزوج أو قبض و غيرها. و نظير المقام باب إحياء الموات، فان

قولهم (ع): «من أحيا أرضا مواتاً فهي له» «۲».

و إن كان مقتضى الجمود على عبارته تملك من قام به الاحياء، لكن ما دل على قبول الاحياء للنيابة يقتضي عمومه للمباشرة و النيابة، لأن فعل النائب فعل المنوب عنه، فمن أحيا عن غيره كان غيره المحيي لا المباشر، نظير

قوله (ع): «من بنى مسجداً كمفحص قطاة بنى اللّه له بيتاً في الجنة» «۳»

، فإن الأثر المذكور يكون لمن ملك البناء و لو لم يباشر.

نعم هنا شيء و هو: أن ملك الحيازة هل يحصل بمجرد نية المباشر عن غيره كما يحصل بعقد الإجارة، أولا؟ فيه إشكال، و مقتضى أصالة عدم ترتب الأثر عدمه. بل العدم مقتضى قاعدة السلطنة على النفس.

و من ذلك يشكل البناء على عموم صحة النيابة و لو تبرعاً.

و المتحصل مما ذكرنا: أن مقتضى الجمود على ما تحت مفاد الأدلة الأولية هو عدم صحة النيابة في أمثال المقام، و أن المحاز ملك للحائز مباشرة.

و بعد ملاحظة ما دل على قبول مثل ذلك للنيابة، و الجمع بينه و بين الأدلة الأولية، يتعين البناء على أن المحاز ملك لمالك الحيازة، لا من قامت به

---

(۱) الوسائل باب: ۳۸ من أبواب الصيد حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب كتاب احياء الموات حديث: ۵، ۶.

(۳) الوسائل باب: ۸ من أبواب أحكام المساجد حديث: ۲، ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۲۶

.....

الحیازة، نظیر: «من أحیا أرضاً» و «من بنی مسجداً». و هـذا الملک تارة: یکون بالإجارة، و أخری: یکون بغیرها من جعالـة و نحوها، و قد یکون بالأمر بها مجاناً، فیحوز المأمور بنیة ملک الآمر. أما تبرع الحائز بدون إذن من حاز له فلا أثر له فی الملک، لما عرفت من أنه خلاف قاعدة السلطنة. بـل قـد یشـکل حصوله بمجرد الأمـر بالحیازة مجاناً، لعـدم الـدلیل علی حصول الملک بمجرد ذلک. و قبول الحیازة للنیابـة لا یقتضـی ذلک، لأن القابلیـة أعم من الفعلیـة، فما لم یقم دلیل علی النفوذ یکون المرجع أصالة عدم ترتب الأثر. اللهم إلا أن یدخل ذلک فی الهبة، فیدل علی ترتب الأثر ما دل علی نفوذ الهبة. فتأمل.

ثمَّ إنه هل یعتبر فی ملک الحائز لما حاز نیة التملک، أولا یعتبر ذلک؟ فی الشرائع: «قیل: لا. و فیه تردد». و فی القواعد: «فیه اشکال. و صریح المبسوط فی کتاب احیاء الموات اعتبارها. قال فیه: لأن المحیی إنما یملک بالإحیاء إذا قصد تملکه». و تبعه علیه جماعة، منهم الشـهید فی الدروس. و جزم فی الجواهر فی کتاب إحیاء الموات و غیره بعدم الاعتبار، و قال فی کتاب الشـرکة: «یمکن دعوی السـیرة، بـل الضـرورة علی خلاـف ذلـک» (یعنی: ما ذکره فی المبسوط) و فی مفتاح الکرامـة: «الأقرب الاعتبار»، و ذکر أنه قد استدل علیه بالأخبار المستفیضة الواردة فیما یکون فی جوف السمکة مما یکون فی البحر

«۱»، و بالإجمـاعین الظـاهرین من التـذکرة و المختلـف، المعتضـدین بالشـهرات. و اسـتدل له فی جـامع المقاصـد بمـا تکرر فی فتوی الأصـحاب من أن ما یوجد فی جوف السمکة مما یکون فی البحر یملکه المشتری و لا یجب دفعه إلی البائع یعنی: أنه لو لم تعتبر النیة لکان ملکاً للبائع لکونه حائزاً، و لا وجه

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب اللقطة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۲۷

من الأسباب القهریة لتملک الحائز (۱) و لو قصـد الغیر، و لازمه عـدم صـحة الاستئجار لها. أو یعتبر فیها نیة التملک و دائرة مدارها، و لازمه صـحة الإجارة، و کون المحوز لنفسه إذا قصـد نفسه و إن کان أجیراً للغیر، و أیضاً لازمه عـدم حصول الملکیة له إذا قصد کونه للغیر، من دون أن یکون أجیراً له أو وکیلاـ عنه، و بقاؤه علی الإباحـة إلا إذا قصـد بعـد ذلک کونه له بناء علی عـدم جریان التبرع فی حیازة المباحات و السبق إلی المشترکات، و إن کان لا یبعـد جریانه. أو أنها من الأسـباب القهریـة لمن له تلک المنفعـة، فان لم یکن أجیراً یکون له، و إن

لأن یکون للمشتری. و فیه: أن الظاهر أن البائع باع تمام ما حازه، و إن کان یعتقد أنه سمکة فقط، فالخطأ یکون فی التطبیق لا غیر.

ثمَّ إن مـا ذکره من الفتوی قـد تضـمنتها جمله من النصوص، ذکرهـا فی الوسائـل فی کتـاب اللقطـة، فراجعها. و دلالتها علی اعتبار نیة التملک غیر ظاهرة، و ان استدل بها فی مفتاح الکرامة.

هـذا و فی الجواهر قوی اعتبـار قصـد الحیـازة فی حصول الملـک، فمن حول تراباً أو حجراً عن طریق بقصـد التمکن من العبور عنه لا یملکه. و کأنه لانصـراف الأدلة عن مثل ذلک و هو غیر بعید، و لا سـیما مع موافقته للسیرة. و أظهر منه صورة ما إذا لم یتحقق القصد أصلا، کما فی حیازة النائم و نحوه.

(۱) الظاهر من العبارة- بقرینة ما یأتی من قوله: «أو أنها من الأسباب القهریة ..»- أن المراد من کونها من الأسباب القهریة: أنها توجب تملک المباشـر، الـذی هو الوجه الأول من الوجوه التی ذکرناها فی الحاشـیة السابقة. لکن هذا المبنی لا یترتب علیه شـیء

من الاحتمالين السابقين، إذ الاحتمال الثانى- و هو كون المحاز للمستأجر- لا وجه لترتبه

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٢٨

قصد الغير فضولًا فيملك بمجرد قصد الحيازة، و إن كان أجيراً للغير يكون لذلك الغير قهراً، و إن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير (١). و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية مطلقاً، فالوجه الأول غير صحيح، و يبقى الإشكال فى ترجيح أحد الأخيرين، و لا بد من التأمل (٢).

[(مسألة ٧): يجوز استئجار المرأة للإرضاع]

(مسألة ٧): يجوز استئجار المرأة للإرضاع (٣)، بل للرضاع بمعنى:

عليه. و أما الاحتمال الأول: فهو و إن كان يترتب فى الجملة، لكن من بعض آثار ذلك الاحتمال أن يكون ضامناً للمستأجر، و لا وجه لترتبه على هذا المبنى، لان لازم المبنى- كما ذكر- عدم صحة الإجارة، فلا وجه لضمان المستأجر. و أيضاً لازم هذا المبنى تملك الحائز المحاز مطلقاً قصد نفسه أو غيره. و أيضاً فإن القول بأن المحاز ملك للمستأجر لا يترتب على شىء من المبنيين. و بالجملة: ابتناء القولين السابقين على المبنيين المذكورين غير ظاهر.

(١) لما عرفت من أنه لا- سلطنة له على ذلك القصد، لأنه تصرف فى ملك الغير فلا يؤثر شيئاً. هذا إذا كانت الإجارة واقعة على المنفعة الخارجية، و لو كانت على ما فى الذمة يكون المدار على قصده، إذ لا مانع عن تأثيره.

(٢) قد عرفت فى الحاشية السابقة ترجيح الأخير، الذى هو الوجه الثانى مما ذكرناه من الوجوه الثلاثة.

(٣) بلا- اشكال ظاهر. و هو المتيقن من معقد الإجماع على الجواز فى المسألة. و تقتضيه عمومات الصحة، لأن الإرضاع من المنافع ذات المالية التى يبذل المال بإزائها عند العقلاء. و القرآن المجيد شاهد بذلك،

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٢٩

الانتفاع بلبنها (١) و إن لم يكن منها فعل مدة معينة. و لا بد من مشاهدة الصبى الذى استؤجرت لارضاعه، لاختلاف الصبيان. و يكفى وصفه على وجه يرتفع الغرر. و كذا لا بد من تعيين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر.

نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعها أجمع التى منها للرضاع، لا- يعتبر حينئذ مشاهدة الصبى أو وصفه (٢). و إن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع- لاختلافه من حيث السهولة و الصعوبة و الوثاقة و عدمها- لا بد من تعيينه أيضا.

لقوله تعالى «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «١»، فلا مانع من أخذ العوض بإزائه.

و أما الإجارة للرضاع: فالقول بجوازها محكى عن جماعة- و هو ظاهر الشرائع و غيرها مما عبر فيه بجواز الاستئجار للرضاع. لكنه مشكل كما أشار إلى وجهه غير واحد، منهم جامع المقاصد، لأن الإجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان، و اللبن من الثانية. بل يظهر من محكى التذكرة:

الإجماع على الفساد فيه، و أنه يتم على قول المخالفين من أن الإجارة قد تكون لنقل الأعيان. اللهم الا- أن يقال: إن الارتضاع من المرأة من قبيل المعنى مقابل اللبن، يمكن تمليكه بالإجارة.

(١) كان اللازم أن يقيده بقوله: «على نحو الارتضاع» لتكون إجارة المرأة كإجارة الدار، لتستوفى منافعها، فى مقابل الإجارة للإرضاع التى هى من قبيل إجارة العامل. و أما الانتفاع باللبن فهو انتفاع بالعين، لا تصح الإجارة بلحاظه كما عرفت، و سيأتى فى المسألة الثانية عشرة.

(۲) کما نص على ذلک فی الجواهر. و کأنه لعدم کونه موضوعاً

---

(۱) الطلاق: ۶.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۳۰

[(مسألة ۸): إذا کانت الامرأة المستأجرة مزوجة، لا یعتبر فی صحة استئجارها إذنه]

(مسألة ۸): إذا کانت الامرأة المستأجرة مزوجة، لا یعتبر فی صحة استئجارها إذنه (۱)، ما لم یناف ذلک لحق استمتاعه، لأن اللبن لیس له (۲)، فیجوز لها الإرضاع من غیر رضاه. و لذا یجوز لها أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده (۳)، سواء کان منها أو من غیرها. نعم لو نافى ذلک حقه لم یجز إلا بإذنه، و لو کان غائبا فآجرت نفسها للإرضاع فحضر فی أثناء المدة و کان على وجه ینافی حقه، انفسخت

للإجارة، کما لو استأجر الدابة بجمیع منافعها، فإنه لا یعتبر فی صحتها ذکر الحمل فضلًا عن مقداره، لأن الغرر مرتفع بذکر المدة، و المرجع فی کیفیة الانتفاع هو المتعارف. و من ذلک یظهر أنه إذا استأجر الدابة للحمل و المرأة للإرضاع، لم یحتج الى تعیین الحمل أو المرتضع، لأن التعارف کافٍ فی رفع الغرر، بخلاف ما لو استأجر الدابة لحمل شیء معین، أو المرأة لإرضاع طفل معین، لأن خصوصیة المنفعة لما کانت یختلف الغرض و القیمة باختلافها، کان الجهل بها موجباً للغرر. فعدم الحاجة الى تعیین الصبی لا یختص بصورة إجارتها بلحاظ جمیع المنافع، فإنه إذا استأجرها لخصوص الإرضاع لا یحتاج أیضاً الى تعیین الصبی.

(۱) عن المبسوط و الخلاف و السرائر: اعتبار ذلک. و حکی عن الشرائع و الجامع، لأنه لا دلیل على الصحة بدونه، و لأن الزوج مالک لمنافعها. و کلا الأمرین کما ترى.

(۲) و کذا الإرضاع و الارتضاع.

(۳) عن الشیخ فی المبسوط: المنع عن ذلک، و حکی عن جماعة من أهل الخلاف، لأنها قد أخذت عوضاً فی مقابل الاستمتاع، و آخر فی مقابل التمکین و الحبس، فلا تأخذ عوضاً آخر. و هو کما ترى.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۳۱

الإجارة بالنسبة إلى بقیة المدة.

[(مسألة ۹): لو کانت الامرأة خلیة فآجرت نفسها للإرضاع أو غیره من الاعمال]

(مسألة ۹): لو کانت الامرأة خلیة فآجرت نفسها للإرضاع أو غیره من الاعمال، ثمَّ تزوجت، قدم حق المستأجر على حق الزوج فی صورة المعارضة، حتى أنه إذا کان وطؤه لها مضراً بالولد منع منه (۱).

[(مسألة ۱۰): یجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع]

(مسألة ۱۰): یجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع (۲) إجارة أو تبرعاً، قنة کانت أو مدبرة أو أم ولد. و أما المکاتبة المطلقة: فلا یجوز له إجبارها (۳). بل و کذا المشروطة. کما لا یجوز فی المبعضة (۴). و لا فرق بین کونها ذات ولد یحتاج إلى اللبن أولا، لإمکان إرضاعه من لبن غیرها.

[(مسألة ۱۱): لا فرق فی المرتضع بین أن یکون معیناً أو کلیاً]

(مسألة ۱۱): لا- فرق فی المرتضع بین أن یکون معیناً أو کلیاً، و لا فی المستأجر بین تعیین مباشرتها للإرضاع أو جعله فی ذمتها، فلو مات الصبی فی صورة التعیین أو الامرأة فی صورة تعیین المباشرة انفسخت الإجارة. بخلاف ما لو کان الولد کلیاً أو جعل فی ذمتها، فإنه لا تبطل بموته أو موتها إلا مع تعذر الغیر من صبی أو مرضعة.

---

(۱) فی القواعد: «للزوج الوطء و إن لم یرض المستأجر». و کأنه منزل علی صورة عدم الضرر.

(۲) لأنه مملوک له تبعاً لملک الأمة، فلا یجوز التصرف فیه بغیر إذنه.

(۳) لخروجها عن سلطنته، للإجماع علی انقطاع سلطنة المولی عن مال المکاتب بغیر الاستیفاء، من غیر فرق بین المکاتب المطلق و المشروط.

(۴) للاشتراک بینه و بینها.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳۲

[(مسألة ۱۲): یجوز استئجار الشاة للبنها]

(مسألة ۱۲): یجوز استئجار الشاة للبنها (۱)، و الأشجار للانتفاع بأثمارها (۲)، و الآبار للاستقاء (۳)، و نحو ذلک. و لا- یضر کون الانتفاع فیها بإتلاف الأعیان، لأن المناط فی المنفعة هو العرف، و عندهم یعدّ اللبن منفعة للشاة، و الثمر منفعة للشجر، و هکذا. و لذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع و إن لم یکن منها فعل (۴)، بأن انتفع بلبنها، فی حال نومها، أو بوضع الولد فی حجرها و جعل ثدیها فی

---

(۱) المشهور فی الشاة- کما قیل-: المنع. و عن بعض: الجواز، اعتماداً علی

مصححة ابن سنان: «عن رجل دفع إلی رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة، لکل شاة کذا و کذا فی کل شهر. قال (ع):

لا بأس بالدراهم، أما السمن فلا أحب ذلک، إلا أن تکون حوالب فلا بأس» «۱»

و نحوها روایة الحلبی

«۲». لکنهما غیر ظاهرتین فی الإجارة. فالمرجع القواعد المقتضیة للمنع.

(۲) قیل: لا خلاف ظاهراً فی فساد الإجارة. و یقتضیه ما تقدم فی الاستئجار للرضاع.

(۳) عن موضع من التذکرة و عن الإیضاح: القول بالجواز، بدعوی أن الملحوظ فی الإجارة منفعة البئر، و إن أدی استیفاؤها إلی إتلاف العین. و فیه: أنه لا- یظهر للبئر منفعة غیر الانتفاع بإتلاف مائها، و لذا کان المختار للقواعد و موضع من التذکرة و عن جامع المقاصد: المنع. و هو فی محله کما یأتی.

(۴) قد عرفت إشکاله فی شرح المسألة السابقة، و أن الارتضاع من

---

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث: ۴.

(۲) الوسائل باب: ۹ من أبواب عقد البیع و شروطه حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳۳

فم الولد من دون مباشرتها لذلک. فما عن بعض العلماء من إشکال الإجارة فی المذکورات، لأن الانتفاع فیها بإتلاف الأعیان، و هو

خلاف وضع الإجارة، لا وجه له (۱).

المرأة نحو منفعة لها خصوصیة زائدة علی الانتفاع باللبن، فان انتفاع الطفل باللبن حین ما یوضع فی کأس و یشرب غیر انتفاعه به حین ما یشرب بنحو الارتضاع، و لذا کان الأول غیر محرم و الثانی محرماً للنکاح. و کأن ما ذکرناه فی کتاب (نهج الفقاهة) من عدم صحة إجارة المرأة للرضاع، ناشئ عن غض النظر عن ذلک، کما قد یتفق کون المقصود مجرد الانتفاع باللبن و لو بالشرب من کأس لا خصوص الارتضاع من الثدی.

(۱) بل له وجه ظاهر، لأن الإجارة عرفاً- کما عرفت فی أول الکتاب- و إن کانت واقعة علی العین، لکن فی حاقها المعاوضة علی المنفعة، فتکون الأجرة فی مقابل المنفعة، و اللبن و الماء و الثمر فی الموارد المذکورة أعیان لا منافع، فلا تکون المعاوضة علیها من قبیل الإجارة.

و دعوی: أنها و إن کانت أعیاناً لکنها بالإضافة إلی الأعیان التی وقعت علیها الإجارة منافع، فإن منفعة الشاة لبنها، و منفعة الشجرة ثمرها، و منفعة البئر ماؤها، فالأمور المذکورة أعیان فی أنفسها و منافع لغیرها، فلا مانع من إیقاع الإجارة علی أصلها بلحاظها.

مندفعة: بأن المنفعة الملحوظة فی المعاوضة فی الإجارة یراد بها ما هو مقابل العین، فإنهم ذکروا: أن البیع تملیک الأعیان، و الإجارة تملیک المنافع، فالمنافع یراد بها ما یقابل العین، فلا تنطبق علی العین، و الا لجازت إجارة الشاة بلحاظ سخلها، و الجاریة بلحاظ ولدها، و البذر بلحاظ الزرع. و کذا فی جمیع موارد التوالد. فیکون الفرق بین البیع و الإجارة: أن البیع یقع علی ما هو مقصود بنفسه فی المعاوضة، و الإجارة

[(مسألة ۱۳): لا یجوز الإجارة لإتیان الواجبات العینیة]

(مسألة ۱۳): لا یجوز الإجارة لإتیان الواجبات العینیة (۱)، کالصلوات الخمس، و الکفائیة کتغسیل الأموات و تکفینهم و الصلاة علیهم، و کتعلیم القدر الواجب من أصول الدین و فروعه، و القدر الواجب من تعلیم القرآن، کالحمد و سورة منه، و کالقضاء و الفتوی، و نحو ذلک. و لا یجوز الإجارة علی الأذان (۲). نعم لا بأس بارتزاق القاضی، و المفتی و المؤذن من بیت المال. و یجوز الإجارة لتعلیم الفقه و الحدیث و العلوم الأدبیة و تعلیم القرآن (۳)، ما عدا المقدار الواجب، و نحو ذلک.

تقع علی ما هو مقصود لغیره فیها و إن کان عیناً، و یکون باب بیع الثمار من قبیل إجارة الأشجار، فیناسب ذکره فی باب الإجارة. و لأجل ما ذکرنا صح أن یضاف الأجر إلی ذی المنفعة، فیقال: أجر الأجیر، و أجرة الدار، و أمثال ذلک، لکون المنفعة قائمة بالعین المستأجرة. و لو کانت المنفعة عیناً لم یحسن ذلک.

و مثلها دعوی: أن المنفعة الملحوظة فی إجارة الشجر لیست الثمر بل الانتفاع بالثمر، و هو من قبیل المعنی لا العین. وجه الاندفاع: أن الانتفاع بالثمرة لیس منفعة للشجر، بل للثمر نفسه، فلا یرتبط بإجارة الشجر.

(۱) قد تکرر التعرض لذلک فی هذا الشرح، و قد تقدم فی مبحث القراءة فی الصلاة الوجوه المستدل بها علی المنع، و المناقشة فیها، و أن العمدة فی دعوی المنع: الیقین بوجوب حصولها مجاناً. فراجع.

(۲) تقدم الکلام فیه فی مبحث الأذان، فراجع.

(۳) تقتضی ذلک عمومات الصحة، بعد أن کان التعلیم موضوع الأغراض العقلائیة، بل هو من أفضلها.

[(مسألة ۱۴): یجوز الإجارة لکنس المسجد و المشهد و فرشها]

(مسألة ۱۴): یجوز الإجارة لکنس المسجد و المشهد و فرشها، و إشعال السراج، و نحو ذلک (۱).

[(مسألة ۱۵): یجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معینة عن السرقة و الإتلاف]

(مسألة ۱۵): یجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معینة عن السرقة و الإتلاف، و اشتراط الضمان لو حصلت السرقة أو الإتلاف و لو من غیر تقصیر (۲)، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان علی الناطور إذا ضاع مال

---

(۱) لما عرفت، فلا یکون أکل الأجرة أکلًا للمال بالباطل.

(۲) یعنی: شرط نفس الضمان علی نحو یکون من شرط النتیجة:

و قیل بعدم صحة ذلک، فلا یصح إلا إذا کان بنحو شرط الفعل، یعنی:

تدارک الخسارة، بناء علی عدم ضمان الأمین، فإنه إذا کان الشرط بنحو شرط النتیجة، یکون الشرط مخالفاً للکتاب فیبطل. و ما فی خبر إسحاق ابن عمار

«۱» من ضمان الأجیر إذا کان أجیراً علی الحفظ محمول علی صورة اشتراط تدارک الخسارة، لا الضمان بمعنی النتیجة کما هو ظاهره عند الإطلاق، إذ بعد عدم إمکان الأخذ بإطلاقه لمخالفته للإجماع، لا یتعین حمله علی صورة اشتراط الضمان بمعنی النتیجة، بل من الجائز حمله علی صورة اشتراط الضمان بمعنی شرط الفعل، بل هو المتعین، لأن الأول شرط مخالف للکتاب.

هذا و قد تقدم فی فصل: أن العین المستأجرة أمانة، الکلام فی ذلک.

و أن قاعدة عدم ضمان الأمین لا تقتضی کون شرط الضمان بمعنی النتیجة مخالفاً للکتاب. و العمدة فی المنع: کون شرط النتیجة فی نفسه غیر معقول. فراجع.

---

(۱) لعل المقصود به ما فی الوسائل باب: ۲۸ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۳۶

لکن لا بد من تعیین العمل و المدة و الأجرة علی شرائط الإجارة.

[(مسألة ۱۶): لا یجوز استئجار اثنین للصلاة عن میت واحد فی وقت واحد]

(مسألة ۱۶): لا یجوز استئجار اثنین للصلاة عن میت واحد فی وقت واحد (۱)، لمنافاته للترتیب المعتبر فی القضاء بخلاف الصوم فإنه لا یعتبر فیه الترتیب. و کذا لا یجوز استئجار شخص واحد لنیابة الحج الواجب عن اثنین، و یجوز ذلک فی الحج المندوب (۲). و کذا فی الزیارات (۳) کما یجوز النیابة

---

(۱) نص علی ذلک غیر واحد، لما ذکره المصنف (ره) من منافاته للترتیب المعتبر فی القضاء. فمن لا یقول باعتباره فی القضاء لا مانع عنده من ذلک.

(۲)

فی صحیح ابن إسماعیل: «سألت أبا الحسن (ع) کم أشرک فی حجتی؟ قال (ع): کم شئت» «۱».

و

فی صحیح معاویة بن عمار عن أبی عبد اللّه (ع): «قلت له: أشرک أبوی فی حجتی؟ قال (ع):

نعم. قلت أشرک أخوتی فی حجتی؟. قال (ع): نعم، إن اللّه عز و جل جاعل لک حجاً و لک أجر لصلتک إیاهم» «۲».

و نحوهما غیرهما. فاذا ثبتت مشروعیته جازت الإجارة علیه.

(۳)

فی روایة إبراهیم الحضرمی عن أبی الحسن موسی بن جعفر (ع): «فإذا أتیت قبر النبی (ص) فقضیت ما یجب علیک، فصل رکعتین، ثمَّ قف عند رأس النبی (ص)، ثمَّ قل السلام علیک یا نبی اللّه، عن أبی و أمی و ولدی و خاصتی و جمیع أهل بلدی، حرهم و عبدهم، و أبیضهم و أسودهم، فلا تشاء أن تقول للرجل: قد أقرأت رسول اللّه (ص) عنک السلام إلا کنت صادقاً» «۳».

(۱) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۲۸ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۳۰ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳۷

عن المتعدد تبرعاً فی الحج و الزیارات (۱). و یجوز الإتیان بها لا بعنوان النیابة بل بقصد إهداء الثواب لواحد أو متعدد (۲)

[(مسألة ۱۷): لا یجوز الإجارة للنیابة عن الحی فی الصلاة]

(مسألة ۱۷): لا یجوز الإجارة للنیابة عن الحی فی الصلاة و لو فی الصلوات المستحبة (۳). نعم یجوز ذلک فی الزیارات و الحج المندوب. و إتیان صلاة الزیارة لیس بعنوان

(۱) کما هو مورد النصوص المتقدمة.

(۲) قد تقدم فی صلاة الاستیجار ذکر بعض ما یدل علی إهداء الثواب، و لعل منه ما

فی مرسل الفقیه: «قال رجل للصادق (ع):

جعلت فداک إنی کنت نویت أن أدخل فی حجتی العام أبی أو بعض أهلی فنسیت. فقال (ع): الآن فأشرکهما» «۱».

و نحوه خبر الحارث بن المغیرة

«۲». فإن الظاهر من الإشراک بعد العمل الإشراک فی الثواب، کما فهمه منه فی الوسائل. ثمَّ إن المصنف (ره) سیتعرض للإجارة علی إهداء الثواب فی المسألة الحادیة و العشرین.

(۳) یدل علی الجواز

روایة محمد بن مروان: «ما یمنع الرجل منکم أن یبر والدیه حیین و میتین، یصلی عنهما، و یتصدق عنهما، و یحج عنهما، و یصوم عنهما، فیکون الذی صنع لهما و له مثل ذلک ..» «۳»

، و

فی روایة علی بن أبی حمزة: «قلت لأبی إبراهیم (ع): أحج و أصلی و أتصدق عن الأحیاء و الأموات من قرابتی و أصحابی؟. قال (ع): نعم تصدق عنه، و صل عنه، و لک أجر بصلتک إیاه» «۴».

لکن فی الوسائل بعد ذکر الخبر

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۲.
(۲) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۱.
(۳) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب قضاء الصلاة حدیث: ۱.
(۴) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب قضاء الصلاة حدیث: ۹.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳۸

النیابة بل من باب سببیة الزیارة، لاستحباب الصلاة بعدها رکعتین (۱).

الأول قال: «أقول: الصلاة عن الحی مخصوص بصلاة الطواف و الزیارة لما یأتی». و کأنه یشیر إلی ما ذکره من خبر عبد اللّه بن جندب: «کتبت إلی أبی الحسن (ع): أسأله عن الرجل یرید أن یجعل أعماله فی البر و الصلة و الخیر أثلاثاً، ثلثاً له و ثلثین لأبویه أو یفردهما بشیء مما یتطوع به. و إن کان أحدهما حیاً و الآخر میتاً. فکتب الی: أما المیت: فحسن جائز، و أما الحی: فلا إلا البر و الصلة» «۱».

بناء علی ما فی بعض النسخ من کون «الصلاة» بدل «الصلة»، کما هو الصحیح حسب ما یظهر من کلام ابن طاوس فی ذیل الحدیث المذکور. و فیه:

أن مورد الحدیث التشریک للحی فی الصلاة، فلا یدل علی المنع من أفراده بالنیابة عنه، إذ لعل للتشریک خصوصیة، کما قد ورد ذلک

فی خبر علی بن جعفر علیه السلام عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام: «سألته عن رجل جعل ثلث حجته لمیت و ثلثیها لحی. فقال علیه السلام: للمیت ذلک و للحی فلا» «۲»

، مع ورود النص فی جواز التبرع بالحج عن الحی. و لذلک قال السید ابن طاوس- بعد ذکر خبر عبد اللّه بن جندب-: «لا یراد بهذه الصلاة المندوبة، لأن الظاهر جوازها عن الأحیاء فی الزیارات و الحج و غیرهما». فالظاهر جواز النیابة عن الحی فی الصلاة المندوبة کغیرها، کما هو ظاهر شیخنا الأعظم (ره) فی رسالة القضاء.

(۱) الذی یظهر من النصوص: أن النیابة فی الصلاة علی نحو

(۱) الوسائل باب: ۱۲ من أبواب قضاء الصلاة حدیث: ۱۶.
(۲) الوسائل باب: ۲۵ من أبواب النیابة فی الحج حدیث: ۹.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۳۹

و یحتمل جواز قصد النیابة فیها لأنها تابعة للزیارة (۱).

و الأحوط إتیانها بقصد ما فی الواقع.

[(مسألة ۱۸): إذا عمل للغیر لا بأمره و لا إذنه]

(مسألة ۱۸): إذا عمل للغیر لا بأمره و لا إذنه، لا یستحق علیه العوض (۲) و إن کان بتخیل أنه مأجور علیه فبان خلافه.

[(مسألة ۱۹): إذا أمر بإتیان عمل فعمل المأمور ذلک]

(مسألة ۱۹): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلک فان كان بقصد التبرع لا يستحق عليه أجرة و إن كان من قصد الآمر إعطاء الأجرة (۳)، و إن قصد الأجرة و كان ذلک العمل مما له أجرة استحق و إن كان من قصد الآمر إتيانه تبرعاً (۴)، سواء كان العامل ممن شأنه أخذ الأجرة و معداً نفسه لذلک أولا بل و كذلک إن لم يقصد التبرع و لا أخذ الأجرة، فإن عمل المسلم محترم. و لو تنازعا بعد ذلک فی أنه قصد التبرع أو لا،

النيابة فی الزيارة، لا أن الصلاة عن نفسه و الزيارة عن غيره.

(۱) كما عرفت أنه ظاهر النصوص.

(۲) بلا خلاف ظاهر، للأصل، و عدم ثبوت سبب الضمان من عقد أو يد أو إتلاف. نعم بناء على أنه يكفی فی كون العمل تحت اليد رجوع فائدته اليه يكون القول بالضمان فی محله. لكنه غير ثابت.

و قاعدة احترام عمل المسلم كما له غير ثابتة كلية بنحو تستتبع الضمان عن المعمول له كما لا يخفی.

(۳) بلا خلاف ظاهر، فإنه إباحة منه لعمله تمنع عن ضمانه و احترامه كإباحة ماله.

(۴) علی المشهور شهرة عظيمة، بل لم يحک الخلاف فيه. نعم

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴۰

قدّم قول العامل، لأصالة عدم قصد التبرع بعد كون عمل المسلم محترماً، بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلک و إن أغمضنا

ظاهر ما فی الشرائع فی كتاب الجعالة من قوله: «لو استدعی الرد و لم يبذل الأجرة لم يكن للراد شیء، لأنه متبرع بالعمل» خلافه فی ذلک، مع بنائه فی كتاب الإجارة علی الاستحقاق إذا دفع الی العامل شيئاً ليعمل فيه، إذا كان من عادة العامل أن يستأجر لذلک- كالغسال و الصباغ- أو كان العمل مما له اجرة.

و كيف كان: فلا خلاف محقق فی الضمان. و فی مجمع البرهان:

«يحتمل أن يكون مجمعاً عليه». نعم الإشكال فی مستنده، إذ الضمان إما بالعقد أو باليد أو بالإتلاف، و الجميع هنا محل الإشكال، فإنه لا عقد صحيح فی البين، لا إجارة و لا جعالة، للجهل بالأجرة و الجعل. و لو سلم ثبوتهما فاسدتين ليترتب عليه الضمان بقاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، فغير مطرد فی صورة قصد الآمر التبرع كما فرض فی المتن. و إن كان باليد فغير ظاهر أيضاً، لأن قاعدة: (علی اليد) لو شملت المنافع اختصت بما لو كان ذو المنفعة تحت اليد، لتكون المنفعة تحت اليد تبعاً، و هو لا يتم فی عمل الحر كما عرفت فی أول الكتاب.

فتأمل. و إن كان بالإتلاف فأشكل، لأن سببية العامل فيه أقوی من الآمر، لأنه المباشر، كما لو أمره بإتلاف مال الغير و أكل طعامه، فان المتلف هو الضامن لا الآمر.

و الذی ذكره فی المسالک و غيرها: أن الموجب للضمان استيفاء المنفعة ذات المالية. لكن سببية ذلک للضمان أيضاً محتاجة إلی دليل. و فی الجواهر:

الاستدلال له بقاعدة احترام عمل المسلم كماله. كما أشار إليه فی المتن و جملة من كتب الأصحاب. لكن عرفت سابقاً: أن كون عمل المسلم محترماً

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴۱

.....

کماله لا یکفی فی ثبوت ضمانه. و عموم ما دل علی احترام دم المسلم و ماله

«۱» ظاهر فی الحرمة التکلیفیة، بمعنی: أنه لا یجبر المسلم علی العمل و لا یقهر علیه، و یکون ذلک حراماً، لا أنه یکون مضموناً. و لو سلم فهو أعم من ضمان الآمر و غیره. و قد یدعی: أنه وجه الضمان أن الأمر بالعمل نظیر الإباحة بالضمان و التملیک بالضمان، فإنه استعمال بالضمان نافذ شرعاً کغیره. و یشکل بأنه لو سلم ذلک لم یجد مع قصد الآمر المجانیة، و سیشیر إلی ذلک المصنف (ره) فی المسألة الخامسة و العشرین.

و کأنه لذلک استشکل فی مفتاح الکرامة فی الضمان حیث قال:

«لو لا اتفاق من تعرض لهذا الفرع علی ثبوت الأجرة عند اجتماع الأمرین (یعنی: کون العمل ذا أجرة، و کون العامل معتاداً فی أخذ الأجرة) إلا من قلّ ممن لا نعرفه لکان احتمال عدم الأجرة مطلقاً قویاً، إذ لعله لا یقصر عن قوله: أعطنی ما فی یدک، و أطعمنی طعامک، و أدّ عنی دینی، و لم یقل: و علیّ عوضه، عند جماعة و نحو ذلک مما لا ضمان فیه، لأنه مما یحتمل أن یکون بعوض و أن یکون بدونه، و الأصل براءة ذمته من لزومه. و لعلّ الذی دعاهم إلی ذلک استمرار السیرة، و لکنها غیر مستمرة فیما إذا لم یکن له عادة ..».

أقول: قد ظهر لک: أن موضع الإشکال صورة قصد الآمر التبرع، إذ مع قصده الأجرة یمکن أن یکون الضمان من جهة کون المورد إجارة أو جعالة فاسدتین، و هما یقتضیان الضمان کالصحیحتین، أو أن تکون معاملة مستقلة، أعنی: الاستعمال بشرط الضمان، فلا وجه للرجوع إلی أصالة البراءة. أما إذا قصد الآمر التبرع، فلا مجال لذلک. و الضمان بالید و الإتلاف قد عرفت إشکاله، لکن التفصیل بین الصورتین خلاف

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵۲ من أبواب أحکام العشرة حدیث: ۱۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۴۲

عن جریان أصالة عدم التبرع (۱). و لا فرق فی ذلک بین

ارتکاز العرف و المتشرعة، و المناط الموجب للضمان عندهم موجود فی الصورتین علی حد واحد، و هو استیفاء العمل غیر المباح من العامل، کما أشار إلیه فی المسالک و غیرها. فاذاً لا یبعد البناء علی الضمان، لبناء العرف و المتشرعة علیه، و عدّهم لاستباحة العمل ظلماً و عدواناً. و المناط فی حصول الاستیفاء الموجب للضمان، أن یکون بعث و تحریض للعامل، و لا فرق فی البعث بین أن یکون بالقول کالأمر، و أن یکون بالفعل کأن یدفع إلی الخیاط الثوب لیخیطه، أو الغسال لیغسله، أو یجلس بین یدی الحلاق أو الدلاک فیحلق رأسه أو یدلک بدنه، کما صرح به فی جامع المقاصد، فان ذلک بمنزلة الأمر فی حصول الاستیفاء المقتضی للضمان.

هذا و الظاهر أن الأجرة التی یضمن بها العمل: هی أجرة المثل کما صرح به جماعة. و ما فی کلام جماعة آخرین من أنها الأجرة المسماة لمثل ذلک العمل قرینة علی تواطئهما علیها، فتکون جعالة صحیحة لتعین الجعل. لکن ذلک إن تمَّ یختص بصورة علم الآمر، لا مع جهله. کما أنه یمکن أن یکون المقام من باب الإجارة الصحیحة، بأن یکون غرض الآمر توکیل العامل فی تعیین الأجرة، کما یتعارف ذلک فی الشراء من مخازن البقالین و البزازین و غیرهم، من دون تواطؤ علی أجرة معینة، فلا بد أن یکون مقصود المشتری توکیل البائع من بقال أو بزاز أو غیرهما فی تعیین الثمن، فیکون البیع صحیحاً، لأنه یکفی فی معرفة العوضین المعتبرة فی البیع معرفة الوکیل. و کذا فی المقام. لکنه یختص التوکیل بالمتعارف و هی أجرة المثل، فلا یکون الضمان بالمسمی. و کذا فی البیع.

و بالجملة: الضمان بالمسمی غیر ظاهر، إلا أن یکون مفاد الأمر التوکیل المطلق.

(۱) کأنه مبنی علی التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة.

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۱۴۳

أن يكون العامل ممن شأنه و شغله أخذ الأجرة و غيره، إلا أن يكون هناک انصراف أو قرينة على كونه بقصد التبرع، أو على اشتراطه.

[(مسألة ۲۰): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته]

(مسألة ۲۰): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته. و كذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء- عدا ما استثنى- يجوز الإجارة عليه، و لو كان تعلق القصد و الغرض به نادراً لكن فى صورة تحقق ذلک النادر (۱). بل الأمر فى باب المعاوضات الواقعة على الأعيان أيضاً كذلک. فمثل حبة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلقاً لغرض العقلاء و يبذلون المال فى قبالها يجوز بيعها.

[(مسألة ۲۱): فى الاستئجار للحج المستحبى أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة]

(مسألة ۲۱): فى الاستئجار للحج المستحبى أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستأجره لاتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو الى ميته (۲) و يجوز أن يكون لا- بعنوان النيابة و لا- إهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها فى الخارج من حيث أنها من الأعمال الراجحة فيأتى بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء.

---

(۱) إذا كان الغرض النادر عاماً، و كان العمل عزيز الوجود.

و كذا الحال فى الأعيان. فإذا كان الغرض خاصاً أو كان كثير الوجود لا يكون ذا مالية، و لا يجوز بذل المال بإزائه، لأنه أكل للمال بالباطل.

(۲) قد يشكل ذلک لعدم إحراز الموضوع، لاحتمال كون العمل مقروناً بما يمنع من تحقق الثواب. و الإجارة على الإهداء على تقدير وجود

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۱۴۴

[(مسألة ۲۲): فى كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمداد للكتابة]

(مسألة ۲۲): فى كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة- كالمداد للكتابة، و الإبرة و الخيط للخياطة مثلا- على المؤجر أو المستأجر قولان (۱). و الأقوى وجوب التعيين، إلا- إذا كان هناک عادة ينصرف إليها الإطلاق، و إن كان القول بكونه مع عدم التعيين و عدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه

الثواب كما ترى، لا- يخرج عن كونه مشكوكاً و مع الجهل بثبوت العوض لا تصح الإجارة. مضافاً إلى أن المالية فى الثواب، لا فى إهداء الثواب، فلا يكون طرفاً للمعاوضة. اللهم إلا أن يقال: إنه يكفى فى صلاحيته للعوضية كونه موصلًا إلى المال، نظير الإجارة على البيع، كما يتعارف عند الدلالين فى البيع أو الإجارة أو نحوهما.

(۱) فى الشرائع و عن السرائر و التحرير و الإرشاد: أنها على المؤجر و اختاره فى الجواهر، لتوقف العمل المستأجر عليه على ذلک، فيجب من باب المقدمة. و عن المسالک و الروضة و غيرهما: أنها على المستأجر، إلا أن تكون العادة على المؤجر، لأن المقصود من الإجارة العمل، أما الأعيان فلا- تدخل فى مفهوم الإجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها، إلا- فى شواذ تثبت على خلاف الأصل، كالرضاع و الاستحمام. و رده فى الجواهر بأن عدم دخولها فى مفهوم الإجارة لا ينافى وجوبها للمقدمية للواجب، الذى الأصل فيه أن

يكون واجباً مطلقاً لا مشروطاً. و عن مجمع البرهان:

وجوب التعيين. و كأنه لا ـ جمال المستأجر عليه من حيث الإطلاق و الاشتراط و رده فى الجواهر: بأنها من التوابع، و ليست من مورد الإجارة الذى يعتبر فيه المعلومية. و فيه: أن الإجمال فى مورد الإجارة من حيث الإطلاق و الاشتراط كما عرفت، لا فى التوابع.

هذا و لأجل ما ذكره فى الجواهر، من أصالة الإطلاق فى العمل،

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٤٥

أيضاً، لأن اللازم على المؤجر ليس الا العمل (١).

تعرف أنه لا ـ إجمال كى يحتاج إلى التعيين، فيكون الأقوى أنها على المؤجر لا المستأجر، إلا أن تكون قرينة على خلاف الإطلاق، فيتعين العمل عليها.

و لو أجمل المراد لوجود ما يصلح القرينية وجب التعيين، و إلا بطلت الإجارة.

هذا و لكن قد يشكل ما فى الجواهر: بأن إطلاق الوجوب يقتضى وجوب المقدمة، أما أنها على وجه تكون ملكاً للمستأجر فليس مما يقتضيه الإطلاق. و بالجملة: إطلاق الوجوب يقتضى المبادرة إلى العمل، و لا يقتضى تمليك الخيوط- مثلا- للمستأجر. و قاعدة السلطنة تقتضى بقاءها على ملك الأجير، و حينئذ يجب دفع بدلها إلى الأجير. و هذا المعنى و إن كان مخالفاً للقول بأنها على المستأجر، و للقول بأنها على الأجير، لا بأس بالالتزام به إذا كان مقتضى الدليل. لكن هذا يختص بما إذا كان إطلاق للعمل المستأجر عليه، أما إذا لم يكن لعدم تمامية مقدمات الحكمة، فالعقد باطل، لا جمال موضوعه و إهماله، المانع ذلك من صحته، إذ المهمل لا يمكن انطباقه على كل من الواجد للقيد و الفاقد. من الافراد الخارجية و الفرضية.

و من ذلك يظهر: أن قول المصنف (ره): «و الأقوى وجوب التعيين» مبنى على إهمال العمل و عدم إطلاقه، فإنه مع الإطلاق لا موجب للتعيين، بل يؤخذ بمقتضى الإطلاق.

كما أن مما ذكرنا يظهر الفرق بين مثل الإبرة، و بين مثل الخيوط و الحبر و نحوهما مما لا تبقى عينه بيد المؤجر، فإن الرجوع على المستأجر يختص به، و لا يجرى فى مثل الإبرة و نحوها. و هذا فرق آخر بين هذا القول و القولين الآخرين، فلاحظ.

(١) لكن عرفت أنه إذا وجب العمل وجبت مقدماته، و لكن لا يجب بذلها مجانا.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٤٦

[(مسألة ٢٣): يجوز الجمع بين الإجارة و البيع – مثلا بعقد واحد]

(مسألة ٢٣): يجوز الجمع بين الإجارة و البيع- مثلا- بعقد واحد (١)، كأن يقول: بعتك دارى و آجرتك حمارى

---

(١) قال فى الشرائع- فى ذيل مسألة بيع الصاع من صبرة-:

«لو جمع بين شيئين مختلفين فى عقد واحد- كبيع و سلف، أو إجارة و بيع، أو نكاح و إجارة- صح، و يقسط العوض على قيمة المبيع، و أجرة المثل، و مهر المثل». و فى المسالك: «لا خلاف عندنا فى ذلك كله».

و فى الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه». و لكن قد يشكل ذلك من جهة عدم معلومية الثمن و لا الأجرة، للجهل بالنسبة. و جواز ذلك فى بيع الصفقة أو إجارة الصفقة لا ـ يقتضى الجواز هنا، لأجل أن الثمن أو الأجرة هناك معلوم، و إن كان ما يقابل كل واحد من أبعاض المبيع أو المستأجر مجهولًا، و هنا كل من الثمن و الأجرة مجهول. اللهم إلا أن يقال: إن العمدة فى دليل المنع مع الجهل هو الإجماع، و هو منتف فى المقام.

و فی الجواهر: حکی عن الأردبیلی التأمل فی الصحة، لما سبق، و للشک فی مثل هذا العقد. و دفع الأول بما أشرنا إلیه من أن المعلوم من قدح الجهالة ما إذا کان البیع عقداً مستقلا. و دفع الثانی: بأنه خلاف الإطلاق، و أنه لو بنی علی اختصاص العموم بالعقود المتعارفة، فظهور اتفاق الأصحاب علیه یقتضی دخوله فی المتعارف. انتهی. و الأخیر کما تری، فان کونه غیر متعارف أمر وجدانی لا یقبل الشک، کی یکون اتفاق الأصحاب دلیلًا علی خلافه.

فالعمدة: منع الاختصاص بالمتعارف، بل ضرورة الفقه علی خلاف ذلک، و إلا لزم تأسیس فقه جدید، کما أشرنا إلی ذلک فی غیر مورد من مباحث هذا الشرح. ثمَّ إنه لو بنی علی وجود إطلاق یقتضی قادحیة الجهالة فی المقام- کما یقتضیه استدلال الأصحاب علی ذلک بما ورد من

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴۷

بکذا. و حینئذ یوزع العوض علیهما بالنسبة، و یلحق کلًا منهما حکمه. فلو قال: آجرتک هذه الدار و بعتک هذا الدینار بعشرة دنانیر، فلا بد من قبض العوضین بالنسبة إلی البیع فی المجلس، و إذا کان فی مقابل الدینار- بعد ملاحظة النسبة- أزید من دینار أو أقل منه بطل بالنسبة إلیه، للزوم الربا (۱).

و لو قال: أجرتک هذه الدار و صالحتک علی هذا الدینار بعشرة دنانیر مثلًا، فان قلنا بجریان حکم الصرف من وجوب القبض فی المجلس (۲)، و حکم الربا فی الصلح، (۳) فالحال کالبیع و إلا فیصح بالنسبة إلی المصالحة أیضاً.

نهی النبی (ص) عن بیع الغرر

«۱»- فاتفاق الأصحاب علی المقام یقتضی الخروج عنه، فلاحظ.

(۱) قد یشکل ذلک بأن الضمیمة مانعة من تحقق الربا نصاً و فتوی، فراجع کلماتهم فی مبحث الحیل المانع من تحقق الربا.

(۲) لکن الظاهر عدم جریانه، بل قیل: «لا خلاف فیه ظاهر».

و یقتضیه اختصاص نصوص الشرطیة بالبیع، الموجب للرجوع إلی إطلاق الصحة فی غیره.

(۳) جریان حکم الربا فی جمیع العقود هو المشهور، و یقتضیه إطلاق جملة من النصوص المتضمنة لتحریم الربا. و دعوی انصرافها إلی البیع غیر ظاهرة. و مجرد الغلبة غیر کاف فیه. نعم

فی صحیح ابن مسلم عن أبی جعفر (ع): «فی رجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه؟ فقال کل واحد

---

(۱) التذکرة: المسألة الثانیة من الرکن الثالث من الفصل الثانی من الإجارة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴۸

.....

منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی. فقال (ع): لا بأس بذلک إذا تراضیا و طابت نفسهما بذلک» «۱».

و إطلاقه یقتضی الشمول لصورة العلم بالتفاضل، فیدل علی جواز الربا فی الصلح. و منع الإطلاق المذکور غیر ظاهر، و لا سیما مع غلبة الاختلاف. و لو سلم فهو کالصریح فی عدم اعتبار العلم بالتساوی، فیصح الصلح مع الجهل به. کما أن إطلاقه شامل لصورة العلم بزیادة أحدهما بعینه، و مقتضاه الجواز فیها. و علی هذا یقتصر فی الخروج عن عمومات المنع علی مورد الصحیح المذکور، و فی غیره یرجع إلی العمومات المانعة.

هذا و یمکن أن یقال: إن عمومات المنع مورد بعضـها خصوص البیع، و لا تشمل الصلح، و ظاهر بعضها الآخر خصوص المعاوضة بین العینین و لو کانت بطریق الصـلح. أما إذا کان مفاد الصلح خالیاً عن المعاوضة بین العینین- کما هو ظاهر مورد الصحیح المذکور- فلا عموم یقتضـی المنع عنه. فاذا قال: صالحتم علی أن تکون هذه العشـرة بهذه الخمسة، کان الصلح معاوضة بین العینین، فلا یصح. و إذا قال:

صالحتک علی أن تکون هـذه العشـرة لی و هـذه الخمسـة لک، لم یکن فیه معاوضـة بین العینین، فیصح عملًا بعمومات الصـحة. و أما الآیات الشریفة- مثل قوله تعالی (یَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبا وَ یُرْبِی الصَّدَقاتِ) «۲»، و قوله تعالی (قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) «۳»، و قوله تعـالی (الَّذِینَ یَأْکُلُونَ الرِّبا لا یَقُومُونَ إِلّا کَما یَقُومُ الَّذِی یَتَخَبَّطُهُ الشَّیْطانُ ..) «۴»، و قوله تعـالی (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا ما بَقِیَ مِنَ الرِّبا) «۵»، و نحوها- فلا تخلو من إجمال، إذ لیس المراد

---

(۱) الوسائل باب: ۵ من أبواب الصلح حدیث: ۱.

(۲) البقرة: ۲۷۶.

(۳) البقرة: ۲۷۵.

(۴) البقرة: ۲۷۵.

(۵) البقرة: ۲۷۸.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۴۹

[(مسألة ۲۴): یجوز استئجار من یقوم بکل ما یأمره من حوائجه]

(مسألة ۲۴): یجوز استئجـار من یقوم بکـل مـا یـأمره من حوائجه (۱)، فیکـون له جمیـع منـافعه. و الأقوی أن نفقته علی نفسه لاـ علی المستأجر (۲)، إلا مع الشرط، أو الانصراف من جهة العادة.

منها المعنی اللغوی، و المراد الشرعی غیر ظاهر، فلا مجال للرجوع إلیها فی عموم المنع. فلا حظ و تأمل.

(۱) قال فی الجواهر: «ظاهر الأصحاب المفروغیة عن جواز الاستئجار، للإنفاذ فی حوائجه علی الاجمال، اتکالًا علی المعتاد المقدور له و اللائق بحاله من ذلک». أقول: ذلک مقتضی عمومات الصحة.

(۲) کما عن السرائر و التذکرة و المختلف و جامع المقاصد، و الروضة و مجمع البرهان و غیرها، لعدم اقتضاء عقد الإجارة کونها علی المستأجر، و إن اختاره فی الشرائع، و حکی عن النهایة و القواعد و الإرشاد و الروض.

و قد یستدل له

بالصـحیح عن سـلیمان بن سالم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل اسـتأجر رجلًا بنفقة و دراهم مسماة علی أن یبعثه إلی أرض، فلما أن قدم أقبل رجل من أصـحابه یدعوه إلی منزله الشـهر و الشـهرین فیصـیب عنده ما یغنیه عن نفقة المسـتأجر، فنظر الأجیر إلی ما کان ینفق علیه فی الشـهر إذا هو لم یدعه، فکافأ به الذی یدعوه، فمن مال من تکون تلک المکافأة؟ أمن مال الأجیر أو من مال المسـتأجر؟ قال (ع):

إن کان فی مصـلحة المستأجر فهو من ماله، و إلا فهو علی الأجیر. و عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة و لم یفسر شیئاً، علی أن یبعثه إلی أرض أخری، فما کان من مئونة الأجیر من غسل الثیاب و الحمام فعلی من؟

قال (ع): علی المستأجر» «۱».

و فیه: أن مورده صورة کون النفقة

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۰

و علی الأول (۱): لا بد من تعیینها کماً و کیفاً (۲)، إلا أن یکون متعارفا. و علی الثانی: علی ما هو المعتاد المتعارف.

و لو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع یستحق مطالبة عوضها علی الأول (۳)، بل و کذا علی الثانی، لأن الانصراف بمنزلة الشرط.

[(مسألة ۲۵): یجوز أن یستعمل الأجیر مع عدم تعیین الأجرة]

(مسألة ۲۵): یجوز أن یستعمل الأجیر مع عدم تعیین الأجرة (۴) و عدم إجراء صیغة الإجارة، فیرجع إلی أجرة المثل. لکنه مکروه (۵). و لا یکون حینئذ من الإجارة المعاطاتیة، کما قد یتخیل، لأنه یعتبر فی المعاملة المعاطاتیة

مأخوذة جزءاً من الأجرة، و هو غیر ما نحن فیه. و أیضاً: فإن مورده کون نظر المستأجر إلی منفعة خاصة استأجره علیها. لا إلی جمیع المنافع کما هو محل الکلام.

(۱) یعنی: الشرط.

(۲) قد یظهر من الصحیح الاکتفاء بذکرها إجمالًا، اعتماداً علی التقدیر الشرعی، فلا یبعد حینئذ عدم اعتبار ذکرها تفصیلا للخبر المذکور، و لا سیما مع ما عرفت من عدم وضوح الدلیل علی اعتبار العلم تفصیلًا بالأجرة، بنحو لا یلزم الغرر، فضلا عن مثل الشرط مما کان من التوابع کما مال إلیه فی الجواهر.

(۳) عملًا بالشرط الموجب للاستحقاق مع عدم المسقط. اللهم إلا أن یکون المتبرع قد تبرع عن المستأجر.

(۴) فإن الظاهر عدم الخلاف فیه، کما عن مجمع البرهان. و فی مفتاح الکرامة: عدم وجدان القائل بالتحریم.

(۵) کما هو المشهور الذی طفحت به عباراتهم. نعم عبر جماعة بأنه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۱

اشتمالها علی جمیع شرائط تلک المعاملة عدا الصیغة، و المفروض عدم تعیین الأجرة فی المقام، بل عدم قصد الإنشاء منهما (۱) و لا فعل من المستأجر (۲). بل یکون من باب العمل بالضمان (۳)،

یستحب مقاطعة الأجیر. و لعل مرادهم ذلک. و کیف کان: فیدل علی الحکم

صحیح سلیمان الجعفری: «أن مولانا الرضا (ع) ضرب غلمانه و غضب غضباً شدیداً، حیث استعانوا برجل فی عمل و ما عینوا له أجرته، فقال له سلیمان: لم تدخل علی نفسک؟ قال (ع): قد نهیتهم عن مثل هذا غیر مرة، و اعلم أنه ما من أحد یعمل لک شیئاً من غیر مقاطعة، ثمَّ زدته علی ذلک الشیء ثلاثة أضعاف علی أجرته إلا ظن أنک قد أنقصته أجرته، و إذا قاطعته ثمَّ أعطیته أجرته حمدک علی الوفاء، فاذا زدته حبة عرف ذلک لک. و رأی أنک قد زدته» «۱».

و من التعلیل یظهر تعین حمل نهیه علی الکراهة، و غضبه (ع) و ضربه کان لمعصیته التی هی معصیة للّه سبحانه. کما یتعین أیضاً حمل خبر مسعدة: «من کان یؤمن باللّه و الیوم الآخر فلا یستعمل الأجیر حتی یعلمه ما أجره» «۲»

علی الکراهة أیضاً.

(۱) بعد أن کان کل منهما قاصداً للأجر، و أنهما قد تباینا علی أمر واحد، کیف لا یکونان قد قصدا الإنشاء؟! و سیأتی منه: أن ذلک

من باب العمل بالضمان، الذی لا یکون إلا مع قصد الإنشاء.

(۲) الأمر بالعمل من قبیل الفعل الدال علی إنشاء المعاملة، و قد عنون المصنف (ره) المسألة باستعمال الأجیر، و لا بد حینئذ من أن یصدر فعل أو قول من المستأجر، لیتحقق به الاستعمال للأجیر.

(۳) قد تقدم منه فی المسألة التاسعة عشرة: أنه إذا أمر العامل بالعمل

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۲

نظیر الإباحة بالضمان کما إذا أذن فی أکل طعامه بضمان العوض و نظیر التملیک بالضمان کما فی القرض، علی الأقوی من عدم کونه معاوضة. فهذه الأمور عناوین مستقلة غیر المعاوضة (۱) و الدلیل علیها السیرة، بل الأخبار أیضاً (۲). و أما الکراهة فللأخبار أیضاً (۳).

[(مسألة ۲۶): لو استأجر أرضا مدة معینة، فغرس فیها أو زرع ما لا یدرک فی تلک المدة]

(مسألة ۲۶): لو استأجر أرضا مدة معینة، فغرس فیها أو زرع ما لا یدرک فی تلک المدة، فبعد انقضائها للمالک أن یأمره بقلعها. بل و کذا لو استأجر لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع. و لیس له الإبقاء و لو مع الأجرة (۴)، و لا

ضمن أجرته، إذا لم یقصد العامل التبرع و إن قصد الآمر التبرع. و ما نحن فیه من ذلک الباب، الذی قد عرفت أنه من قبیل الاستیفاء الموجب للضمان و إن قصد المستوفی التبرع. فجعله من باب آخر غیر ظاهر.

(۱) کما صرح به فی الجواهر، مستدلا علیه بالسیرة.

(۲) یعنی: الصحیح و الخبر المتقدمین.

(۳) کما عرفت.

(۴) و فی القواعد: «هو کالغاصب». و کذا فی مفتاح الکرامة عن المبسوط و التذکرة و التحریر و جامع المقاصد. و لم یحک فیه الخلاف من غیرها. و لکنه إنما یتم لو کان التقیید بالمدة یقتضی خروج ذلک عن مورد الإجارة، و لازمه جواز منع المالک له من ذلک حین الزرع أو الغرس، مع أنه استشکل فیه فی القواعد. و ظاهر جامع المقاصد:

المیل إلی عدمه. و عن التذکرة: الأقرب العدم. و کذا عن التحریر.

نعم عن المبسوط: أن له المنع، لاحتیاجه إلی المطالبة بالقلع و مثل ذلک

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۳

.....

یشق. انتهی. و هو کما تری، ظاهر تعلیله دخوله فی مورد الإجارة.

نعم ظاهر جامع المقاصد عدم تناول مورد الإجارة له. لکنه غیر ظاهر فی بعض الموارد. بل هو خلاف الإطلاق. و حینئذ یشکل الفرق بین المسألتین. و دعوی: أنه فی هذه المسألة یکون الزارع مقدماً علی الضرر:

فلا مجال لتطبیق قاعدة نفی الضرر فیه، لتکون حاکمة علی عموم السلطنة، بخلاف المسألة الثانیة، ممنوعة، فإن الإقدام علی الضرر

یتوقف علی علمه باستحقاق المالک للقلع، و بنائه علی ذلک. أما بدون ذلک فلا إقدام له علی الضرر کالمسألة الثانیة.

و توضیح أحکام صور المسألة: أنه إذا استأجر أرضاً مدة معینة:

فتارة: یذکر خصوص الزرع أو الغرس. و أخری: لا- یذکر انتفاع بعینه. و فی الأولی: تارة: یذکر زرع أو غرس ما لا یکمل فی تلک المدة.

و أخری: یذکر ما یکمل فیها. و ثالثة: یذکر مطلقاً. فان ذکر ما لا یکمل فی المدة: فتارة: یتوقف الانتفاع به علی کماله، و أخری لا یتوقف، کما لو کان الزرع یمکن الانتفاع بفصیله و الغرس یمکن قلعه و غرسه فی موضع آخر. فان ذکر ما یتوقف الانتفاع به علی کماله، ففی صحة الإجارة و عدمها وجهان أو قولان. و عن الإیضاح و جامع المقاصد: أن الأقوی الصحة، لأن العلم بحصول الانتفاع إلی آخر المدة لیس شرطاً فی الصحة، فما دام یحتمل الانتفاع به و لو للإبقاء بالأجرة تبرعاً أو صلحاً أو نحوهما تصح الإجارة، لعدم المانع. ثمَّ إنه علی تقدیر الصحة: فهل یجب الإبقاء بالأجرة أو یجوز للمالک القلع؟ وجهان. قال فی القواعد: «و لو استأجر مدة لزرع لا یکمل فیها، فان شرط نقله بعد المدة لزم، و إن أطلق احتمل الصحة مطلقا، و بقید إمکان الانتفاع، فعلی الأول احتمل وجوب الإبقاء بالأجرة». و عن جامع المقاصد و المسالک: أن عدم وجوب الإبقاء أقوی،

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۵۴

مطالبة الأرش مع القلع، لأن التقصیر من قبله (۱). نعم لو استأجرها مدة یبلغ الزرع، فاتفق التأخیر لتغیر الهواء أو غیره

لأنه دخل علی أنه لاحق له بعد المدة. (انتهی). لکن فی القواعد قال- قبل ذلک-: «فإن استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده، فان کان لتفریط المستأجر- کأن یزرع ما یبقی بعدها- فکالغاصب»، و هو بظاهره مناف لما ذکره. و الفرق بین المسألتین غیر واضح.

و التحقیق ما ذکره أولًا، و تبعه علیه فی جامع المقاصد و المسالک:

من عدم وجوب الإبقاء، لعدم المقتضی للوجوب. فقاعدة السلطنة تقتضی عدمه. و قاعدة الضرر لا مجال لها فی أمثال المقام، مما أقدم فیه المالک علی ما لا حق له فیه، فان الظاهر من دلیل نفی الضرر اختصاصه بصورة ما إذا لزم الضرر من الحکم الشرعی عرفاً علی نحو الاستقلال، و فی المقام ینسب الضرر إلی إقدام المالک علی مالا حق له فیه، کما ذکر فی المسالک و غیرها.

و أظهر من ذلک الصورة الثانیة و هی: ما إذا کان یمکن الانتفاع بالزرع أو الغرس قبل کماله، إذ حینئذ یکون ترک الإبقاء مؤدیا إلی فوات نفع زائد، و قاعدة الضرر إنما تنفی الضرر و لا تثبت النفع. و مثلهما فی ذلک الصورة الثالثة و هی: ما إذا ذکر الزرع أو الغرس مطلقاً، الشامل لما لا ینتفع به قبل کماله، فان الحکم فیها هو الحکم فی الصورتین. و أما الصورة الرابعة- و هی: ما إذا ذکر ما یکمل فی المدة فاتفق عدم کماله-:

فسیأتی فی کلام المصنف (ره) التعرض له.

(۱) یشیر به إلی ما عرفت من أنه أقدم علی ما لا حق له فیه، و فی مثله لا مجال لتطبیق دلیل نفی الضرر، لانصرافه عن مثله، کما یظهر من ملاحظة کثیر من نظائره، التی لا ریب عند المتشرعة فی بقاء سلطنة المالک علی ماله أو نفسه بحالها. و ما یجری علی لسان جماعة من التعبیر بأنه أقدم

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۵۵

أمکن أن یقال: بوجوب الصبر علی المالک مع الأجرة، للزوم الضرر (۱)، إلا أن یکون موجبا لتضرر المالک (۲).

علی الضرر، یراد به هذا المعنی، و إلا فلیس هو مقدم علی الضرر ضرورة، لکونه أقدم برجاء إقدام صاحبه علی الاذن له فی البقاء، علی حسب رغبته.

(۱) یعنی: یرجع الی قاعدة الضرر، الحاکمة علی عموم قاعدة السلطنة.

(۲) یعنی: یمتنع الرجوع الی قاعدة نفی الضرر حینئذ، لأن تطبیقها بالنسبة إلی ضرر الزارع لیس أولی بالنسبة إلی ضرر المالک، و مع عدم المرجح تسقط بالإضافة إلیهما معا، فیرجع الی قاعدة السلطنة. و قد یتوهم ترجیح الضرر الأقوی. و فیه: أن زیادة الضرر لا توجب تأکد النفی، إذ لا تأکد فی الاعدام. کما أنه لا مجال للتخییر مع تساوی الضررین.

لأنه لا معنی للتخییر بالإضافة إلی الشخصین، لأنه إذا اختار کل منهما الاعمال بالنسبة إلی ضرره یرجع التنافی، و إن اختار ضرر غیره کان إقداماً علی الضرر، و هو مانع من تطبیق القاعدة کلیة. و أما تخییر المفتی فی المسألة الأصولیة: فلا دلیل علیه، لاختصاص دلیل التخییر بالدلیلین المتعارضین، فلا- یشمل الدلیل الواحد بلحاظ فردین، کما فی المقام. و لأجل ذلک و غیره تعین عند تعارض الضررین سقوط قاعدة الضرر، و الرجوع إلی غیرها من القواعد المتأخرة عنها، کقاعدة السلطنة فی المقام. و اللّه سبحانه هو العالم، و منه نستمد الاعتصام.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۶

[فصل فی التنازع]

اشارة

فصل فی التنازع

[(مسألة ۱): إذا تنازعا فی أصل الإجارة قدم قول منکرها مع الیمین]

(مسألة ۱): إذا تنازعا فی أصل الإجارة قدم قول منکرها مع الیمین (۱)، فان کان هو المالک استحق أجرة المثل دون ما یقوله المدعی.

فصل فی التنازع

---

(۱) کما فی جملة من الکتب. و فی مفتاح الکرامة: «طفحت بذلک عباراتهم- خصوصاً المتأخرین- من غیر خلاف، إلا من المهذب و الخلاف».

ثمَّ نقل عن الأول قوله: «إذا سکن دار غیره فقال الساکن: سکنت بغیر أجرة، و قال المالک: استأجرتها، کان القول قول صاحبها مع یمینه»:

و نقل عن الخلاف قوله: «إذا زرع أرض غیره فقال الزراع: أعرتنیها، و قال رب. الأرض: أکریتکها، حکم بالقرعة».

أقول: ظاهر الخلاف أن فرضه من قبیل المسألة الآتیة، لا من قبیل هذه المسألة التی کان النزاع فیها للاختلاف بینهما فی الإجارة و عدمها، علی أن یکون المتصرف معترفاً بعدم بذل المالک للمنفعة علی وجه المجانیة.

و لعل کلام المهذب وارد فی إثبات أصل الاستحقاق للأجرة و العوض، لا فی إثبات الأجرة المسماة، و إلا فلا وجه له ظاهر، إذ لا ریب فی کون المالک المدعی للإجارة مدعیاً، فیکون علیه البینة، لا أنه یسمع قوله بیمینه.

و توضیح ذلک: أنه و ان اختلفت کلماتهم فی تفسیر المدعی، فبعضهم فسره: بمن لو ترک الخصومة لترک. و آخر: بمن یدعی خلاف الأصل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۷

.....

الظاهر. و ثالث: بمن يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر. و رابع: و هو من يدعى خلاف الأصل أو الظاهر، أو يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر.

و خامس: و هو من يكون فى مقام إثبات قضية على غيره. و ربما ذكر غير ذلك، و الظاهر أن الاختلاف المذكور ليس اختلافا فى المفهوم، بل هو اختلاف فى مقام بيان المفهوم مساهلة منهم فى التحديد، إذ لا يظن من أحد من هؤلاء المفسرين الالتزام بما يلزم التعريف الذى ذكر من اللوازم.

و المتعين تعريفه بمن كان قوله يخالف الحجة التى يرجع إليها فى تعيين الوظيفة الشرعية، أمارة كانت أو أصلًا. و كأن وجه تسميته بالمدعى فى النصوص المتضمنة: «البينة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه»- و كذا فى اللغة و العرف-: أن المدعى اسم فاعل: «ادعى»، و هو افتعال من الدعاء الذى هو الطلب بالقول و نحوه، و طلب الشيء إنما يصح إذا لم يكن حاضراً عند الطالب، فكأن الشيء الذى قامت عليه الحجة حاضر لدى الشخص، فلا مجال لطلبه، و لا معنى لدعائه و ادعائه، و الشيء الذى لم تقم عليه الحجة غير حاضر لديه، فيصح دعاؤه و ادعاؤه. هذا هو المفهوم منه لغة و عرفاً.

ثمَّ إن المراد من كون قوله مخالفاً للحجة: أنه مخالف للحجة التى يلزم الرجوع إليها فى نفس الدعوى لو لا المعارضة، فلو كان كل منهما قوله مخالفاً للحجة فى مورد الدعوى، لكنها كانت معارضة بالحجة الجارية فى مورد دعوى خصمه، فهما متداعيان، و إن كان مقتضى العلم الإجمالى بكذب إحدى الدعويين بطلان الأصلين معاً، لكن ذلك لا يقدح فى صدق المدعى، و يكونان بذلك متداعيين.

و على هذا فثبوت الإجارة لما كان على خلاف الأصل العملى، كان المخبر عنه مدعياً، و المنكر له مدعى عليه. و هذا مما لا إشكال فيه.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۵۸

.....

نعم هنا شيء و هو: أن المعيار فى تطبيق المدعى و المدعى عليه، هل هو مصب الدعوى و عبارة المتنازعين، أو هو الغرض المقصود للمتنازعين؟. و تحرير هذا الخلاف فى كتب القدماء و المتأخرين مما لم أقف عليه، لكن يستفاد ذلك من تعليلاتهم فى كثير من الموارد لكون الحكم هو التحالف الذى هو من أحكام التداعى، أو كون البينة من أحدهما و اليمين من الآخر الذى هو من أحكام المدعى و المنكر، فان من ذكرهم للوجوه المختلفة يفهم خلافهم فى ذلك. نعم صرح فى الجواهر بوقوع الخلاف المذكور، و اختار الوجه الأول فى صدر كلامه فى مبحث الاختلاف فى العقود من كتاب القضاء، و كذا فى صدر كلامه فيما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن، فإنه- بعد ما نقل عن المختلف القول بأن القول قول المشترى- قال (ره): «إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه فى خصوص المقام، لما سمعت (يعنى: من النص)، نعم لا بأس به فى غيره، لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد إنكاره. أما لو أبرزت فى تشخيص سبب الشغل، بحيث يكون الاستحقاق تبعياً، فقد يمنع تقديم قول المشترى فيه، ضرورة كون كل منهما مدعياً و منكراً. ففى المقام- مثلا- يدعى البائع أن ما وقع ثمناً فى عقد البيع المخصوص مائة، و المشترى خمسون، فنزاعهما فى تشخيص العقد المشخص فى الواقع، و لا ريب فى كون كل منهما مدعياً فيه و منكراً.

و لعله لذا احتمل التحالف الفاضل فى كثير من كتبه، بل عن ولده أنه صححه، و الشهيد الأول اختياره فى قواعده و إن نسبه فى الدروس إلى الندرة، بل مال اليه هنا فى جامع المقاصد». و فى مفتاح الكرامة- فى مسألة ما لو اختلفا فى قدر الأجرة فقال: آجرتک سنة بدينار، فقال:

بل بنصفه- نسب إلى المهذب القول بالتحالف، و إلى جامع المقاصد أنه قال: «لا ريب فى قوة التحالف»، و إلى المختلف أنه قال: «أنه متجه»

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۵۹

.....

انتهى. و الثانى منسوب إلى المشهور. لكن عرفت أن الوجه فى النسبة:

استفادة ذلك من بنائهم على إجراء حكم المدعى و المنكر فى كثير من موارد النزاع، و الا فقد عرفت أنه لا تصريح منهم بذلك.

و كيف كان: فما يتفرع على الخلاف المذكور أنه إذا قال المالك:

آجرتک الدار بعشرة، فقال الآخر: آجرتنيها بخمسة، فعلى الأول:

أنهما متداعيان لاختلافهما فى المدعى لكل منهما، و على الثانى: أنهما مدع و منكر، لأن غرض الأول استحقاق العشرة، و غرض خصمه نفى استحقاق الخمسة الزائدة على الخمسة التى يعترف بها، و هذا النفى مقتضى الأصل، فمدعى خلافه مدع، و مدعيه منكر.

هذا، و التحقيق هو القول المنسوب إلى المشهور، كما اختاره فى الجواهر فى آخر كلامه المتقدم، و كذلك فى مبحث الإجارة فيما لو اختلفا فى قدر الأجرة، و جعل القول بالتحالف فيها ضعيفا. و نسب إلى شيخنا الأعظم (ره) فى قضائه، لأنه منصرف الأدلة، فإن المقصود من نزاع المتخاصمين أولى بالملاحظة فى ذلك، و أولى أن يكون من وظيفة القاضى البت به و الحكم فيه، و لا معنى لملاحظة أمر آخر، بل الدعوى التى لا يترتب عليها غرض لا يجب سماعها.

و على هذا فقد يتوجه الاشكال على ما ذكره الجماعة فى مفروض المتن من إطلاق القول: بأن القول قول منكر الإجارة، بأنه لا يتم على المشهور، إذ اللازم عليه التفصيل بين ما إذا كانت أجرة المثل أكثر، فالقول قول مدعى الإجارة، و بين ما إذا كانت أقل، فالقول قول منكر الإجارة، لأنه فى الأول مدعى الإجارة ينفى استحقاق الزائد، فيطابق قوله الأصل، و فى الثانى يكون مدعى الإجارة مدعياً لاستحقاق الزائد فيكون مدعياً، و خصمه ينفى استحقاق الزائد فيكون منكراً. نعم يتم كلامهم على المذهب

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۶۰

و لو زاد عنها لم يستحق تلك الزيادة (۱)، و وجب على المدعى المتصرف إيصالها اليه (۲). و إن كان المنكر هو المتصرف فكذلك لم

الآخر، لأن مصب الدعوى ثبوت الإجارة و عدمها، فمدعى الأول مدع و خصمه منكر على كل حال.

لكن يدفع الاشكال المذكور: أن المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين أن ينظر إلى مقصودهما، فان كان كل منهما مخالفاً للأصل كانا متداعيين، و إذا كان مقصود أحدهما موافقاً للأصل، و مقصود خصمه مخالفاً للأصل كان أحدهما مدعياً و الآخر منكراً، سواء كان الأصل المثبت لأحدهما النافى للآخر. أو النافى لهما معا جارياً فى أحدهما أم فيهما بلا واسطة، أم كان جارياً بواسطة كما فى الأصل السببى، كما فى المقام، فإن أجرة المثل إذا كانت أكثر من الأجرة المسماة، فالأكثر مما يثبته الأصل بالواسطة، لأن أصالة عدم الإجارة تثبت أجرة المثل و إن كانت هى الأكثر، لأن كل منفعة مستوفاة على وجه الضمان مضمونة بأجرة المثل، إذا لم تكن أجرة مسماة، فيكون الضمان بأجرة المثل- التى هى الأكثر- من آثار نفى الأجرة المسماة بالأصل. و ليس المراد من كون المدار على مقصود المتنازعين: أنه لا بد من الأصول الجارية فى نفس المقصود بلا واسطة، يعنى مع قطع النظر عن السبب و عن الأصل السببى الجارى فيه.

فان ذلک مما لا مجال للقول به، لأن الأصل السببى إذا كان قد اجتمعت شرائط حجيته لم يكن وجه لطرحه بالإضافة إلى الأثر

المسبب، فیکون مدعی الأثر منکراً حینئذ. فلا مجال للإشکال علی ما ذکره الجماعة من إطلاق: أن القول قول منکر الإجارة، فإنه فی محله علی المذهبین.

(۱) یعنی: لیس له المطالبة بها، لاعترافه بعدم استحقاقها.

(۲) إذا کان یری استحقاق المالک لها.

لم یستحق المالک إلا آجرة المثل، و لکن لو زادت عما یدعیه من المسمی لم یستحق الزیادة، لاعترافه بعدم استحقاقها، و یجب علی المتصرف إیصالها إلیه. هذا إذا کان النزاع بعد استیفاء المنفعة. و إن کان قبله رجع کل مال إلی صاحبه.

[(مسألة ۲): لو اتفقا علی أنه أذن للمتصرف فی استیفاء المنفعة]

(مسألة ۲): لو اتفقا علی أنه أذن للمتصرف فی استیفاء المنفعة، و لکن المالک یدعی: أنه علی وجه الإجارة بکذا أو الاذن بالضمان، و المتصرف یدی: أنه علی وجه العاریة، ففی تقدیم أیهما وجهان، بل قولان (۱)، من أصالة البراءة

---

(۱) حکی فی مفتاح الکرامة: تقدیم قول مدعی العاریة بیمینه عن عاریة الخلاف و المبسوط و الغنیة و اللمعة و مجمع البرهان و الکفایة، ثمّ قال:

«و هو الذی فی نفس الشیخ فی مزارعة الخلاف». و حکی نحوه فی الجواهر، لأصالة البراءة، لاتفاقهما علی أن استیفاء المنفعة لم یکن بعنوان غیر مشروع، فالتردد فی استحقاق العوض و عدمه، و الأصل البراءة. و قیل القول قول المالک فی عدم العاریة، فإذا حلف سقطت دعوی مدعی العاریة، و ثبت علیه أجرة المثل. اختاره فی الشرائع، و حکی عن الحلی و إجارة المهذب.

و فی الجواهر فی کتاب العاریة قال: «لعله المشهور». و اختاره فی القواعد، و حکی عن جامع المقاصد و الروض و المسالک و الکفایة و غیرها، لکنهم قیدوا ما ذکروه من ثبوت أجرة المثل بما إذا لم یزد علی المدعی. و ربما حکی غیر ذلک عن غیرهم.

و مبنی الخلاف فی الجملة علی أن الأصل فی المنفعة المستوفاة هو الضمان إلا أن یبذلها المالک مجاناً، أو عدم الضمان إلا أن یثبت سبب الضمان.

فالقول الأول مبنی علی الثانی، و الثانی مبنی علی الأول. و المصرح به فی

بعد فرض کون التصرف جائزاً، و من أصالة احترام مال المسلم الذی لا یحل إلا بالإباحة و الأصل عدمها، فتثبت أجرة المثل بعد التحالف. و لا یبعد ترجیح الثانی. و جواز التصرف أعم من الإباحة.

کلمات القائلین بالثانی: أن المقام لا بد فیه من التحالف، فیحلف المالک علی عدم العاریة، و یحلف مدعی العاریة علی نفی الإجارة، فیثبت للمالک أجرة المثل.

هذا و الذی ینبغی هو التعرض لصور المسألة، فنقول: الأجرة المسماة تارة: تکون فی الذمة، و أخری: فی الخارج، و الأولی تارة: تکون مساویة لأجرة المثل، و أخری: تکون أکثر منها، و ثالثة: تکون أقل.

فالصور أربع:

الأولی: أن تکون مساویة لأجرة المثل، کأن یدعی المالک: أنه آجر زیداً داره بدینار. و یدعی زید: أنها عاریة. و محل الکلام صورة ما إذا کان النزاع بعد انقضاء مدة الإجارة التی یدعیها المالک، فنقول:

بناء على كون المعيار فى تطبيق المدعى و المنكر مضمون كلام المتداعيين، يكون كل واحد منهما مدعياً و منكراً لمدعى خصمه فى جميع الصور الأربع، لأن كلًا من الإجارة و العارية خلاف الأصل، فيتحالفان. و حينئذ فإن ثبتت قاعدة احترام مال المسلم، بمعنى: الحكم بضمانه على من هو عنده حتى يثبت ما يقتضى عدمه، من إباحة أو عارية مجانية- و استشهد لها فى مفتاح الكرامة، و تبعه فى الجواهر

بصحيح إسحاق بن عمار عن أبى الحسن، الوارد فيمن استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: إنها وديعة، و قال الآخر: إنها قرض. قال (ع): «المال لازم له، إلا أن يقيم

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٦٣

.....

البينة أنها كانت وديعة» «١»

- لزمت المتصرف أجرة المثل. و إن لم تثبت القاعدة المذكورة، لما عرفت سابقاً من أن ما دل على حرمة المسلم و دمه و عرضه ظاهر فى الحكم التكليفى لا غير، و أما الصحيح فلا يمكن استفادة القاعدة الكلية منه. نعم ظاهر الأكثر ذلك، فلا ملزم بأجرة المثل و لا غيرها.

و الإنصاف لزوم البناء على القاعدة المذكورة، و مرتكزات المتشرعة تقتضيها، و كفى بها حجة، و الصحيح المتقدم مؤيد لها، بل البناء على ضمان المنافع المستوفاة شاهد بها، فالبناء على الضمان بأجرة المثل متعين.

هذا بناء على كون المعيار فى المدعى و المنكر عبارة المتنازعين. أما بناء على كون المعيار مقصودهما و غرضهما من النزاع، فيكون مدعى العارية مدعياً و مدعى الإجارة منكراً بناء على ثبوت قاعدة الاحترام، لأن ثبوت المسمى المساوى لأجرة المثل مقتضى أصالة عدم العارية التى يدعيها المتصرف و أصالة عدم الإجارة لا أثر له، إذ ليس للإجارة فى المقام أثر خاص، فان ضمان المتصرف بالعوض الخاص مترتب على مجرد عدم العارية و إن علم بعدم الإجارة، فيكون المقام من باب المدعى و المنكر. و كذا بناء على عدم ثبوت قاعدة الاحترام، لكن يكون مدعى الإجارة مدعياً، و مدعى العارية منكراً، على عكس مقتضى المبنى السابق، لأنه يكفى فى نفى الضمان نفى الإجارة من دون حاجة الى إثبات العارية، لأن السبب الموجب للضمان- على هذا المبنى- هو الإجارة لا غير. فمدعى الإجارة يدعى الضمان و مدعى العارية ينفى الضمان، فيكون منكراً، فيكون القول قوله بيمينه.

و بالجملة: بناء على كون المعيار فى المدعى و المنكر غرض المتنازعين يكون فرض المسألة من باب المدعى و المنكر، فان بنى على قاعدة الاحترام،

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب أحكام الوديعة حديث: ١.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٦٤

.....

يكون مدعى العارية مدعياً، و مدعى الإجارة منكراً. و بناء على عدم ثبوت القاعدة، يكون الأمر بالعكس، مدعى الإجارة مدعياً و مدعى العارية منكراً.

الصورة الثانية: أن تكون الأجرة المسماة أكثر من أجرة المثل.

و حكمها هو: أنه بناء على كون المعيار الغرض من النزاع، فان بنى على قاعدة الاحترام، فهى أيضاً من قبيل التداعى، لأن مدعى

الإجارة یثبت الأجرة الزائدة علی أجرة المثل، و مدعی العاریة ینفی الاستحقاق بالمرة، لا للأجرة المسماة و لا لأجرة المثل. و لما کانت کلتا الدعویین ذات أثر، و کلتاهما خلاف الأصل، کان الخصمان متداعیین، فیحلف المالک علی نفی العاریة، فیثبت الاستحقاق لأجرة المثل، و یحلف المتصرف علی نفی الإجارة، فینتفی الزائد علی أجرة المثل، فیکون للمالک أجرة المثل لا غیر. أما بناء علی عدم ثبوت قاعدة الاحترام: فالمقام من باب المدعی و المنکر، و مدعی الإجارة یکون مدعیاً و مدعی العاریة منکراً، بلحاظ نفی الإجارة الذی هو لازم دعواه، لا بلحاظ نفس العاریة، إذ العاریة لا أثر لها علی هذا المبنی، لأن عدم الضمان مقتضی الأصل، حتی یثبت السبب المضمن و هو الإجارة، فیحلف مدعی العاریة علی نفی الإجارة، و لا شیء علیه حینئذ کما تقدم القول بذلک من جماعة فی صدر المسألة.

الصورة الثالثة: أن تکون الأجرة المسماة أقل من أجرة المثل.

و حکمها: أنه بناء علی کون المعیار فی تشخیص المدعی هو الغرض المقصود من النزاع، فالفرض من باب المدعی و المنکر، سواء قلنا بقاعدة الاحترام أم لم نقل. غایة الأمر أنه علی الأول یکون مدعی العاریة مدعیاً، لترتب الأثر الشرعی علی مدعاه الذی هو خلاف الأصل، و مدعی الإجارة منکراً، بلحاظ نفی العاریة لا بلحاظ نفس الإجارة، إذ الضمان لیس موضوعه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۶۵

.....

الإجارة، بل موضوعه الاستیفاء بلا بذل مجانی کما عرفت. فالمدعی لا أثر له و لا یجری فیه الأصل فی المقام، و لذا لو اعترف المالک بعدم الإجارة و أنکر العاریة ثبت الضمان مع یمینه علی نفی العاریة. و بناء علی عدم ثبوت قاعدة الاحترام، یکون مدعی الإجارة مدعیاً و مدعی العاریة منکراً کما عرفت سابقاً. و علی الأول: یستحق المالک بعد یمینه المسمی لا غیر، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد علیه، و علی الثانی: لا یستحق المالک شیئاً، بعد یمین مدعی العاریة علی نفی الإجارة.

الصورة الرابعة: أن تکون الأجرة عیناً خارجیة. و حکمها: أنه بناء علی کون المعیار فی تشخیص المدعی الغرض من النزاع، فهما من باب المدعی و المنکر، لأن المالک یدعی ملک العین الخارجیة و المتصرف ینفی ذلک.

و دعوی الأول خلاف الأصل، و نفی الثانی موافق للأصل. و دعوی المتصرف العاریة و إن کانت خلاف الأصل، لکن لا أثر لأصالة عدمها، إذ المقصود منها إن کان إشغال ذمة المتصرف، فلا مجال له لاعتراف المالک بعدم اشتغال ذمة المتصرف بشیء، و إن کان المقصود منها إثبات ملک المالک للعین الخارجیة، فهی لا تصلح لإثبات ذلک، لأنه لازم غیر شرعی.

فادعاء المتصرف العاریة لا أثر له إلا بلحاظ ما یلزمه من نفی الإجارة کما عرفت. فاذا حلف المتصرف علی نفی الإجارة انتفی ملک العین الخارجیة للمالک. أما إذا حلف المالک علی نفی العاریة لم یثبت ملکها للمالک، لأنه لازم عقلی، و لم ینتف به اشتغال ذمة المتصرف بأجرة المالک، لأنه حاصل باعترافه.

هذا کله حکم الصور الثلاث بناء علی کون المعیار فی تشخیص المدعی الغرض المقصود من النزاع. أما بناء علی کون المعیار فیه صورة الدعوی: فالخصمان فی جمیع الصور الثلاث المذکورة متداعیان، لأن کلًّا

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۶۶

[(مسألة ۳): إذا تنازعا فی قدر المستأجر علیه قدم قول مدعی الأقل]

(مسألة ۳): إذا تنازعا فی قدر المستأجر علیه قدم قول مدعی الأقل (۱).

منهما یدعی أمراً علی خلاف الأصل، کما عرفت فی الصورة الرابعة.

و بعد التحالف یستحق المالک أجرة المثل فی الصورة الأولی منها، و المسمی فی الثانیة دون الزائد، أخذاً له باعترافه بناء علی قاعدة الاحترام. أما بناء علی عدمها فلا یستحق شیئاً، لأصالة البراءة من دون ثبوت سبب مضمن. و أما فی الصورة الثالثة فلا یستحق شیئاً علی کل من المبنیین، أخذا له باعترافه بفراغ ذمة المتصرف.

هذا حکم صور المسألة علی اختلاف المبانی المتقدمة. ففی الشرائع قال فی کتاب العاریة: «إذا قال الراکب: أعرتنیها، و قال المالک: آجرتکها، فالقول قول الراکب، لأن المالک مدع للأجرة. و قیل:

القول قول المالک فی عدم العاریة، فإذا حلف سقطت دعوی الراکب و تثبت علیه أجرة المثل لا المسمی. و هو أشبه». و ظاهر کل من القولین:

أن المورد من باب المدعی و المنکر لا ـ من باب التداعی. لکن فی القواعد فی کتاب المزارعة: «لو ادعی العامل العاریة و المالک الحصة أو الأجرة قدم قول المالک فی عدم العاریة، و له أجرة المثل مع یمین العامل ما لم تزد علی المدعی». و ظاهره: أن المقام من باب التداعی. و عن الشیخ فی المبسوط: العمل بالقرعة فی تعیین المدعی و المنکر. لکن المحکی عن عبارته.

أن ذلک أحوط. و الاشکال فیه ظاهر علی کل حال، إذ لا موجب للخروج عن القواعد- التی قد عرفتها- من دون دلیل مخرج.

(۱) کما هو المعروف المصرح به فی کلماتهم، لأصالة عدم وقوع الإجارة علی الزائد المختلف فیه «فیکون القائل به منکراً. نعم بناء علی أن المعیار فی المدعی صورة القضیة: یکونان متداعیین، کما نسب إلی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۶۷

[(مسألة ۴): إذا تنازعا فی رد العین المستأجرة]

(مسألة ۴): إذا تنازعا فی رد العین المستأجرة قدم قول المالک (۱).

[(مسألة ۵): إذا ادعی الصائغ أو الملاح أو المکاری تلف المتاع من غیر تعد و لا تفریط]

(مسألة ۵): إذا ادعی الصائغ أو الملاح أو المکاری تلف المتاع من غیر تعدو لا تفریط، و أنکر المالک التلف، أو ادعی التفریط أو التعدی، قدم قولهم مع الیمین علی الأقوی (۲).

جماعة، ففی جامع المقاصد: أنه لا ریب فی قوة التحالف. و قد عرفت ضعفه.

(۱) من دون خلاف ظاهر و لا إشکال، لأصالة عدم الرد. و قبول دعوی الودعی الرد بالإجماع- لو تَمَّ- لا یقتضی قیاس المقام علیه، لاختلافهما فی أن القبض فی المقام لمصلحة القابض، بخلاف الودعی، فإنه لمصلحة المالک.

(۲) و هو المحکی عن جماعة من القدماء و المتأخرین. و عن الخلاف:

الإجماع علیه. و یشهد له

خبر بکر بن حبیب: «قلت لأبی عبد اللّه (ع):

أعطیت جبة الی القصار، فذهبت بزعمه. قال (ع): إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فلیس علیه شیء» «۱»

و

خبره الآخر عنه (ع): «لا یضمن القصار إلا ما جنت یداه، و إن اتهمته أحلفته» «۲»

، و

خبر أبی بصیر المرادی عنه (ع): «لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک، إلا أن یکونوا متهمین، فیخوف بالبینة و یستحلف، لعله یستخرج منه شیئاً» «۳».

و المشهور- کما عن المسالک و عن السید أن علیه إجماعنا و أنه من منفرداتنا- أنهم یکلفون بالبینة. و یشهد له جملة من النصوص، کمصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی الغسال و الصباغ ما سرق منهم من شیء فلم یخرج منه علی أمر بین أنه قد سرق، و کل قلیل له أو کثیر،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱۶.

(۲) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱۷.

(۳) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۱۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۶۸

[(مسألة ۶): یکره تضمین الأجیر فی مورد ضمانه]

(مسألة ۶): یکره تضمین الأجیر فی مورد ضمانه (۱)

فان فعل فلیس علیه شیء، و إن لم یقم البینة و زعم: أنه قد ذهب الذی ادعی علیه، فقد ضمنه إن لم یکن له بینة علی قوله» «۱»

و

صحیح ابن مسکان عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن قصار دفعت الیه ثوباً، فزعم أنه سرق من بین متاعه. قال: فعلیه أن یقیم البینة أنه سرق من بین متاعه، و لیس علیه شیء، و إن سرق متاعه کله فلیس علیه شیء» «۲».

و نحوهما غیرهما.

هذا و فی نسبة القول المذکور إلی الشهرة تأمل، فضلًا عن نسبته إلی الإجماع. و فی الجواهر: لم یتحقق القول به الا من المفید و المرتضی».

و کذا فی صحة الاستدلال له بهذه النصوص، فإن التأمل فی مجموع النصوص- علی اختلاف مضامینها- یقتضی لزوم البناء علی الاکتفاء فی عدم الضمان بأحد أمور: إما الیمین، أو البینة، أو قیام امارة علی صدقه مثل: أن یدعی السرقة و یکون قد سرق جمیع متاعه، أو یکون مأمونا فی نفسه.

ففی صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): قال «کان أمیر المؤمنین (ع):

یضمن القصار و الصائغ احتیاطاً للناس، و کان أبی (ع) یتطول علیه إذا کان مأمونا» «۳».

و نحوه غیره. هذا مضافاً إلی أن إعراض المشهور عن هذه النصوص مع أنها أصح سنداً و أکثر عدداً مما یوهن حجیتها، و حینئذ لا مجال للعمل بها فی قبال النصوص الأول. و ما فی الشرائع:

من أن الأول أشهر الروایتین، فیه تأمل ظاهر.

(۱) کما نسب إلی الأصحاب. و قد یشهد به

خبر حذیفة: «عن الرجل

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب أحکام الإجارة حدیث: ۲.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۵.

(٣) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١۶٩

من قيام البينة على إتلافه، أو تفريطه في الحفظ، أو تعديه أو نكوله عن اليمين، أو نحو ذلك.

[(مسألة ٧): إذا تنازعا في مقدار الأجرة]

(مسألة ٧): إذا تنازعا في مقدار الأجرة قدم قول المستأجر (١).

[(مسألة ٨): إذا تنازعا في أنه آجره بغلًا أو حماراً]

(مسألة ٨): إذا تنازعا في أنه آجره بغلًا أو حماراً أو آجره هذا الحمار مثلا أو ذاك، فالمرجع التحالف (٢).

يحمل المتاع بالأجر فيضيع، فتطيب نفسه أن يغرمه لأهله، أ يأخذونه؟

قال: فقال: أمين هو؟ قلت نعم. قال: فلا يأخذون منه شيئاً» «١»

فتأمل.

(١) قاله علماؤنا، كما عن التذكرة، لأصالة عدم لزوم الزائد.

لكن عرفت القول بالتداعي و التحالف ممن يرى أن المعيار في تشخيص المدعى مصب الدعوى لا الغرض. و في جامع المقاصد: أنه لا ريب في قوة التحالف في المقام، معللا له بما ذكر. و نحوه كلامه فيما لو اختلفا في قدر الثمن كما عرفت ضعفه.

(٢) كما هو المشهور المعروف. يظهر ذلك من كلماتهم في مباحث النزاع من كتاب البيع، ففي الشرائع: «لو قال: بعتك هذا الثوب، فقال:

بل هذا، فهنا دعويان». و نظيره ذكر في القواعد قال: لو قال: بعتك العبد بمائة، فقال: بل الجارية، تحالفا و بطل البيع». و ظاهر الجواهر و غيرها:

عدم الخلاف و الاشكال في ذلك. نعم قال الشهيد في اللمعة: «و في تعيين المبيع يتحالفان. و قال الشيخ و القاضي: يحلف البائع كالاختلاف في الثمن». و في الروضة: «و ضرب عليه في بعض النسخ المقروءة على المصنف (ره)». و في المسالك- بعد ما نقل ما تقدم عن الشرائع-

---

(١) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث: ١٢.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ١٧٠

.....

قال: «الحكم هنا واضح بعد الإحاطة بما سلف».

و قد اشتهر في كلامهم هنا توجيه التحالف: بأن ضابط التحالف أن لا يتفقا على أمر. قال في المسالك في كتاب الإجارة: «و ضابط التحالف: أن لا يتفقا على شيء كما لو قال: آجرتك البيت الفلاني، فقال: بل الفلاني، أو قال: آجرتك البيت، فقال: بل الحمام». و نحوه كلام غيره. لكن التوجيه المذكور يتم بناء على أن المعيار في تشخيص المدعى مصب الدعوى أما بناء على أن المعيار الغرض

المقصود، فالغرض المقصود فی البیع لیس إلا مطالبة المشتری بما یدعی شراءه، و فی الإجارة مطالبة المستأجر بما یدعی استئجاره، و المالک ینفی ذلک، و الأصل یقتضی عدم وقوع الإجارة علی ما یدعی المستأجر. و أما المالک فهو و إن کان یدعی وقوع الإجارة علی ما یدعی وقوع الإجارة علیه، لکن هذه الدعوی لا أثر لها فی مطالبته بشیء، و لیس له غرض فیها إلا بلحاظ ما یترتب علیها من اللازم، و هو نفی ما یدعیه المستأجر، و لذا یصح له الاقتصار علی بطلان دعوی المستأجر، من دون تعرض لمدعاه.

و بالجملة: بعد اتفاقهما علی استحقاق المالک للأجرة، فالخلاف انما هو فی استحقاق المستأجر لمنفعة ما یدعیه، و المالک ینفیه، و الأصل معه، فهو منکر و المستأجر مدع. فاذا حلف المالک علی نفی ما یدعیه المستأجر، فقد بطلت دعوی المستأجر، و لیس له المطالبة بشیء.

هذا إذا کان النزاع قبل التصرف. أما لو کان بعد التصرف و انقضاء المدة فاللازم- بعد یمین المالک- أن یدفع له أجرة المثل عن المنفعة المستوفاة مما یدعیه، بناء علی ما عرفت من أصالة احترام مال المسلم، لأنه لما لم یثبت استحقاقه لمنفعة الفرس التی قد استوفاها، کان اللازم دفع أجرتها.

و أما منفعة الحمار الذی یدعی وقوع الإجارة علیه فقد فاتت بتقصیر منه، لأنه هو الذی ترک الانتفاع بها فی المدة المضروبة، فتکون علیه الأجرة

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ١٧١

و کذا لو اختلفا فی الأجرة أنها عشرة دراهم أو دینار (١).

[(مسألة ٩): إذا اختلفا فی أنه شرط أحدهما علی الآخر شرطاً أو لا]

(مسألة ٩): إذا اختلفا فی أنه شرط أحدهما علی الآخر شرطاً أو لا، فالقول قول منکره (٢).

المتفق علیها بینهما، و علیه أجرة الفرس بمقتضی أصالة عدم إجارتها إیاه.

هذا ما تقتضیه القواعد، و إن لم اعرف من ذکره أو احتمله. عدا ما سبق من الشهید فی اللمعة. نعم ذکره بعض الأکابر فی حاشیته علی المتن و هو فی محله.

(١) الکلام فی هذه المسألة هو الکلام فی سابقتها بعینه. نعم یختلفان فی أن المدعی فی المسألة السابقة هو المستأجر، بناء علی أن المعیار فی تشخیص المدعی الغرض المقصود. و فی هذه المسألة یکون المدعی هو المؤجر، لأنه یدعی أن الإجارة واقعة علی ما یدعیه، و المستأجر ینکر ذلک. مثلًا إذا کان المؤجر یدعی: أن الأجرة کانت عشرة دراهم، و المستأجر یدعی: أنها کانت دیناراً، فهما یتفقان علی أن منفعة العین المستأجرة صارت ملکا للمستأجر، و یختلفان فی الأجرة، فالمؤجر یدعی أنها کانت عشرة دراهم و المستأجر یدعی أنها کانت دیناراً، فدعوی المؤجر ملزمة و موجبة للمطالبة بالعشرة دراهم، و دعوی المستأجر لا توجب شیئاً إلا بلحاظ ما یلزمها من نفی دعوی المؤجر و نفی استحقاق المؤجر المطالبة له بالعشرة، فمرجعها إلی إنکار دعوی المؤجر، فهما من قبیل المدعی و المنکر، کما فی المسألة السابقة، غیر أن المؤجر هنا هو المدعی، و المستأجر منکر، علی عکس ما سبق هناک. و مقتضی ذلک سماع قول المستأجر بیمینه، إذا لم تکن بینة للمؤجر علی دعواه.

(٢) لا ینبغی التأمل فی ذلک بناء علی ما عرفت من المعیار. نعم بناء علی الوجه الآخر یکون المقام من التداعی، لاختلافهما فی لخصوصیات المشخصة الموجب للاختلاف فی المتشخص.

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ١٧٢

[(مسألة ١٠): إذا اختلفا فی المدة أنها شهر أو شهران مثلًا، فالقول قول منکر الأزید]

(مسألة ۱۰): إذا اختلفا فی المدة أنها شهر أو شهران مثلًا، فالقول قول منكر الأزيد (۱).

[(مسألة ۱۱): إذا اختلفا فی الصحة و الفساد]

(مسألة ۱۱): إذا اختلفا فی الصحة و الفساد، قدم قول من يدعی الصحة (۲).

---

(۱) كما عن الحلی، لأصالة عدم وقوع الإجارة فی الزيادة المختلف فيها، فيكون قول المالک هو الموافق للأصل و قول المستأجر علی خلافه، فيكون مدعياً: لكن فی القواعد: «و لو اختلفا فی المدة، فقال:

آجرتک سنة بدينار، فقال: بل سنتين بدينارين، فالقول قول المالک مع يمينه. و لو قال بل سنتين بدينار، فهنا قد اختلفا فی قدر العوض و المدة، و الأقرب التحالف». و نحوه ذكر فی التحرير. و فی جامع المقاصد- فی شرح عبارة القواعد المذكورة- قال: «أما الاختلاف فی المدة فظاهر، و أما الاختلاف فی العوض فإنه علی قول أحدهما عوض السنة دينار، و علی قول الآخر نصف دينار. و لقائل أن يقول: إن العوض الذی جری عليه العقد متفقان عليه، و إنما الاختلاف فی زيادة المدة و عدمها. و وجه القرب: أن كل واحد منهما يدعی عقداً مغايراً للعقد الذی يدعيه الآخر، و الآخر ينكره فيتحالفان» و عن الشيخ: القول بالقرعة. لكن عبارته فی غير هذه المسألة، و قد تقدمت الإشارة إليها.

و التحقيق ما عرفت: من أنه بناء علی أن المعيار فی المدعی الغرض المقصود من النزاع، فالمستأجر مدع و المالک منكر، و بناء علی أن المعيار مصب الدعوی، فهما متداعيان.

(۲) كما هو المعروف بين الأصحاب، كما عن الكفاية، لاستقرار سيرة العقلاء و المتشرعة علی حمل الفعل الصادر المحتمل الصحة و الفساد علی الصحة، و لا يختص ذلک بفعل المسلم، بل يطرد فی فعل كل عاقل، كما

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۷۳

[(مسألة ۱۲): إذا حمل المؤجر متاعه إلی بلد]

(مسألة ۱۲): إذا حمل المؤجر متاعه إلی بلد، فقال المستأجر استأجرتک علی أن تحمله إلی البلد الفلانی غير ذلک

عرفت. و فی جامع المقاصد قال فی هذا المقام: «لا شک أنه إذا حصل الاتفاق علی حصول جميع الأمور المعتبرة فی العقد، من حصول الإيجاب و القبول من الكاملين، و جريانهما علی العوضين المعتبرين، و وقع الاختلاف فی شرط مفسد مثلًا، فالقول قول مدعی الصحة بيمينه، لأنه الموافق للأصل، فان الأصل عدم ذلک المفسد، و الأصل فی فعل المسلم الصحة. لا يقال:

الأصل بقاء الملک علی مال مالكه، فيعارض الأصل المذكور. لأنا نقول:

بعد صدور الإيجاب و القبول علی الوجه المعتبر، و عدم العلم بالمنافی لصحتهما، المقتضی للحكم بصحتهما عملًا بالاستصحاب لحال تحقق السبب الناقل، فلم يبق ذلک الأصل كما كان. أما إذا حصل الاختلاف مع الصحة و الفساد فی حصول بعض الأمور المعتبرة و عدمه، فان هذا الاستدلال لا يستمر هاهنا، فإن الأصل عدم السبب الناقل. و من ذلک ما لو ادعی: انی اشتريت العبد، فقال بل بعتک حراً».

و فيه أن التفصيل المذكور بلا فاصل، لاستقراء السيرة علی الصحة فی الجميع. و لذلک حكی الاعتراف منه بذلک فی موضع من كتاب البيع، و آخر من كتاب الرهن، فقال فی أحدهما: «لو قال: بعتک و أنا صبی، أنه يقدم مدعی الصحة (يعنی: المشتری). و قال:

إن تقديم قول البائع في غاية الضعف» و قال في ثانيهما: «إذا قال: بعتک بعبد، فقال:

بل بحر، أنه يقدم قول مدعى الصحة». و الكلام في ذلک موكول الى محله. و قد تعرض شيخنا الأعظم (ره) في رسائله للكلام في هذه المسألة. فراجع.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۷۴

البلد، و تنازعا، قدم قول المستأجر (۱) فلا يستحق المؤجر أجرة حمله. و إن طلب منه الرد إلى المكان الأول (۲)

---

(۱) لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما ادعاه الأجير، فلا يستحق الأجرة على عمله. لكن هذا يتم بناء على ما عرفت من أن المعيار في تشخيص المدعى الغرض المقصود. أما إذا كان المعيار صورة الدعوى فهما متداعيان، لتباين الدعويين بتباين متعلقيهما و كذا إذا كان الغرض المقصود من دعوى المستأجر المطالبة بالنقل الى الموضع الذي يدعيه، بأن كانت مدة الإجارة باقية، فان غرض كل منهما مباين لغرض الآخر، و كلاهما ثبوتي، فيكونان متداعيين، يحلف كل منهما على نفي مدعى الآخر، و بعد حلفهما معا يحكم ببطلان كل من الدعويين. فلا يجوز للمستأجر مطالبة الأجير بنقل المتاع الى الموضع الذي يدعيه، و لا للأجير المطالبة بالأجرة على نقله المتاع الذي يدعيه.

و بالجملة: للمسألة صورتان: (الأولى): أن يكون كل واحد من المتعاقدين في مقام مطالبة صاحبه بحق، بأن يكون المستأجر في مقام مطالبة الأجير بالعمل المستأجر عليه حسبما يدعي، و الأجير في مقام مطالبة المستأجر بالأجرة، لأنه يدعي وقوع العمل المستأجر عليه. و في هذه الصورة هما متداعيان، يدعي كل منهما شيئاً على خلاف الأصل، و ينكره الآخر، فيتحالفان. (الثانية): أن يكون أحدهما مطالباً لصاحبه بشيء، دون صاحبه فلا يطالبه بشيء. و في هذه الصورة يكون المطالب مدعياً و صاحبه منكراً، فيقدم قوله بيمينه. كما إذا انتهت مدة الإجارة فبطلت، أو تعذر العمل المستأجر عليه، لعجز عقلي أو شرعي.

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسک العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقى؛ ج۱۲، ص: ۱۷۴

(۲) قد عرفت: أن المستأجر إنما يكون منكراً إذا لم يكن مطالبا بشيء ينكره صاحبه، فاذا كان مطالبا برد العين إلى الموضع الذي نقلت

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۷۵

وجب عليه (۱)، و ليس له رده إليه إذا لم يرض، و يضمن له

عنه، فربما يقال إنه يكون مدعياً، فيكون الآخر منكراً، فيكونان متداعيين، المؤجر يطالب بالأجرة، و المستأجر يطالب بالرد. و فيه: أن المعيار في التداعي أن يطالب كل واحد منهما بأمر يكون من لوازم دعواه و ثبوته يترتب على ثبوت دعواه. أما إذا كان المطالب يترتب على نفي دعوى خصمه، لأنه من آثار عدمها، فإنه حينئذ لا يكون مدعياً بالإضافة إليه، لأن الأصل النافي لدعوى خصمه، بعد ما كان مثبتا لذلک الأثر الذي يطالب به، يكون بملاحظته أيضاً منكراً، لأنه يدعي أمراً تثبته الحجة الشرعية، و هو الأصل، و ليس معنى المنكر إلا ذلک، كما عرفت.

و نظير المقام: ما لو أكل طعام غيره مدعيا الاذن منه، فأنكر صاحب الطعام الاذن و طالب بالعوض، فإنه بالمطالبة بالعوض لا يكون مدعيا، لأنه يدعي أمراً تقتضيه أصالة عدم إذن المالک، كما هو ظاهر.

(۱) وجوب الرد إلی المکان الذی نقله منه إما أن یستفاد من قوله (ع): «کل مغصوب مردود»

[۱]، و

قوله (ص): «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» «۱».

و إما لأن خصوصیة المکان من قبیل سائر الخصوصیات القائمة بالعین، مضمونة علی المتلف، لکن الأول إنما یقتضی الرد و الأداء إلی المالک، و ربما یحصلان بحضور المالک فی البلد الذی نقل الیه المتاع. و أما الثانی: فلأن الخصوصیات التی تکون علیها العین إنما تکون مضمونة إذا کانت ذات مالیة، أما إذا لم تکن فلا دلیل علی ضمانها، و إن کانت مما تختلف بها الرغبات، فضلًا عما إذا لم تکن کذلک

---

[۱] لم نعثر علی النص بهذا اللفظ. نعم عثرنا علی قوله (ع) «لأن الغصب کله مردود» فراجع الوسائل باب: ۱ من کتاب الغصب حدیث: ۳، و باب: ۱ من کتاب الأنفال حدیث: ۴

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من أبواب الغصب حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۷۶

إن تلف أو عاب، لعدم کونه أمینا حینئذ فی ظاهر الشرع (۱).

[(مسألة ۱۳): إذا خاط ثوبه قباء، و ادعی المستأجر أنه أمره بأن یخیطه قمیصا]

(مسألة ۱۳): إذا خاط ثوبه قباء، و ادعی المستأجر أنه أمره بأن یخیطه قمیصا، فالأقوی تقدیم قول المستأجر (۲)

أیضاً. و خصوصیة المکان ربما تکون مما لا تختلف بها الرغبات، و لا تکون ذات مالیة. فالدلیلان المذکوران غیر ظاهرین فی إثبات ذلک علی إطلاقه. نعم لا یبعد أن یکون ذلک من الأحکام العرفیة للضمان.

(۱) و حینئذ فیشمله عموم أدلة الضمان.

(۲) کما عن جملة کثیرة من کتب الفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانی و غیرهم. و عن الحواشی نسبته إلی المشهور، لأن المستأجر منکر لما یدعیه العامل من الاذن، فیکون قوله مقدماً.

لکن فی الخلاف- بعد أن اختار أن القول قول صاحب الثوب و استدل له بما ذکر- قال: «و کنا نقول فیما تقدم فی هذه المسألة: ان القول قول الخیاط لأنه غارم، و أن رب الثوب یدعی علیه قطعا لم یأمره به، فیلزمه بذلک ضمان الثوب، فکان علیه البینة، فإذا فقدها وجب علی الخیاط الیمین. و هذا أیضاً قوی». و عن وکالة التذکرة:

الجزم بأن القول قول الخیاط. و ظاهرهما أن المقام من باب المدعی و المنکر و ان المالک مدع و العامل منکر. و فیه: ما عرفت من أن مطالبة المالک للعامل بضمان الثوب لا توجب کون المالک مدعیا، لأن ذلک من آثار عدم الاذن فی قطع الثوب قباء، فإذا جری کفی فی ترتب استحقاق الأرش، فیکون قوله موافقاً للأصل أیضاً، فیکون منکراً لا مدعیاً.

و من ذلک یظهر لک ضعف ما یقال: من أن تقدیم قول المالک یختص بصورة ما إذا لم یدع المالک الأرش. أما إذا ادعی الأرش علی العامل فهما متداعیان، لأن العامل یدعی الأجرة و المالک یدعی الأرش. و ادعی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۷۷

لأصالة عدم الاذن فی خیاطته قباء. و علی هذا فیضمن له عوض النقص الحاصل من ذلک (۱). و لا یجوز له نقضه إذا کان الخیط

للمستأجر (۲). و إن کان له کان له (۳).

فهم ذلک من مجمع البرهان من قوله: «و لعل المصنف لم یذکر التحالف بناء علی عدم دعوی الآخرة و أما مع دعواه فالظاهر التحالف، فتأمل».

بل فهم أیضاً ذلک من التذکرة، لما ذکر فیها من أن من قدم قول الخیاط لا بد و أن یقول بالتحالف.

وجه الضعف: ما عرفت من أن دعوی المالک الأرش لما کانت مقتضی أصالة عدم الاذن فی عمل العامل، لا توجب کونه مدعیاً، بل هو أیضاً من هذه الجهة منکر. و لا فرق فی کون المالک منکراً، بین اقتصاره علی نفی الإجارة بداعی نفی الأجرة، أو بداعی المطالبة بالأرش، أو بداعیهما معا، لأنه فی الجمیع یدعی ما یقتضیه الأصل. و کلام التذکرة و مجمع البرهان لا یخلو من إجمال. نعم عن صریح الشافعی: أن رب الثوب یدعی علیه الغرم و ینفی الأجرة، و الخیاط یدعی الأجرة و ینفی الغرم فیتحالفان.

انتهی. و هو صریح فیما ذکر، الذی قد عرفت ضعفه.

و من ذلک یظهر أنه لا فرق فی کون المالک منکراً و العامل مدعیا بین أن یکون فرض المسألة من باب الإجارة، کما هو ظاهر المتن، و أن یکون من باب الأمر بالعمل علی وجه الجعالة، کما هو ظاهر فرض الأصحاب للمسألة.

نعم لا بأس بالبناء علی التحالف إذا کان المعیار فی تشخیص المدعی صورة الدعوی، لتباین الدعویین، کما عرفت فی نظائره.

(۱) لأنه بفعله، فیدخل فی عموم: من أفسد فهو ضامن.

(۲) لعدم جواز التصرف فی مال أحد إلا بإذنه.

(۳) یعنی: إذا کان الخیط للمؤجر جاز له نقضه، لأنه ماله فیکون

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۷۸

.....

تحت سلطنته. فان قلت: نقضه یوجب تصرفا فی الثوب الذی هو للمستأجر، فیکون تحت سلطنته، فلا یجوز التصرف فیه. قلت: الوجود القائم بعینین لمالکین، لما کان تصرفا فی العینین، کان تحت سلطنة واحدة قائمة بسلطانین، فتکون سلطنتین ضمنیتین. و إذا أعملت إحدی السلطنتین الضمنیتین فی الوجود کان الوجود تحت سلطنة مطلقة للسلطان الآخر. و إذا أعملت بالعدم بطلت السلطنة الأخری من السلطان الآخر. مثلًا: العقد القائم بالعوضین للمالکین، لما کان قائما بمالین، کان تحت سلطنة المالکین معا، فإذا أقدم أحد السلطانین علی الوجود، کان الوجود تحت سلطنة مطلقة للطرف الآخر، فإذا أوجب البائع کانت المعاوضة تحت سطان القابل، فوجودها و عدمها تحت سلطانه، و إذا لم یوجب و لم یرض بالمعاوضة، بطلت السلطنة من الآخر. ففی المقام: لما کان بقاء الخیط بالثوب قائما بالعینین معا، فهو تحت سلطنة مالکیهما علی النحو الذی ذکرناه، فإن رضی صاحب الخیط ببقائه فبقاؤه تحت سلطنة مطلقة لصاحب الثوب، و إن رضی صاحب الثوب ببقائه فهو تحت سلطنة مطلقة لصاحب الخیط، و إن لم یرض صاحب الثوب ببقائه بطلت سلطنة صاحب الخیط علی بقائه، و إن لم یرض صاحب الخیط ببقائه بطلت سلطنة صاحب الثوب علی بقائه، فلا یکون له منعه بدعوی أنه تصرف فی الثوب.

لکن هذا إنما یتم بالإضافة إلی التصرف فی الثوب من حیث کونه مخیطا، و لا یقتضی جواز التصرف فیه، التصرف الذی یکون مقدمة لنقضه و فصل الخیط عنه، فان ذلک التصرف لیس قائما بالثوب و الخیط، و إنما هو قائم بالثوب نفسه، فهو تحت سلطنة المالک مستقلا، نظیر التصرف فی آلات صاحب الثوب لأجل فصل الخیط عنه. و علی هذا فالخروج عن القواعد المقتضیة للمنع لا یصح، إلا إذ کان ضرراً علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۷۹

و یضمن النقص الحاصل من ذلک (۱). و لا یجب علیه قبول

صاحب الخیط، فتکون قاعدة نفی الضرر حاکمة علی قاعدة السلطنة.

لکن إذا منع المالک صاحب الخیط عن أخذ خیطه، فامتنع، جاء الإشکال فی تصرفه فی الثوب، لأنه تصرف فی الخیط أیضاً، فیحرم.

إلا أن یقال: إن منع مالک الثوب عن التصرف فی ثوبه ضرر، فینتفی، و لا ضرر فی منع مالک الخیط عن أخذ خیطه حسب الفرض.

و بالجملة: الخروج عن القواعد المقتضیة لما ذکرنا غیر ظاهر، و إن تصدی بعض لإثبات أن مقتضاها جواز أخذ الخیط لمالکه، و إن لزم التصرف فی الثوب مطلقاً، و جواز منع صاحب الخیط من أخذه، و إن لم یلزم ضرر علی صاحب الثوب، کما أشرنا إلی ذلک فی تعلیقتنا علی مباحث خیار الغبن.

(۱) لأنه بفعله، فیشمله عموم أدلة الضمان. نعم إذا کانت تستوجب صفة ذا مالیة فی الثوب، کانت تلک الصفة ملکا للمؤجر، فیکون الثوب لمالکه و الخیاطة للعامل، و له المطالبة بها. و حینئذ فهل لازم ذلک الشرکة فی العین أولا؟ وجهان. أقواهما الثانی، لعدم الدلیل علیه.

و أضعف منه جعل الشرکة فی المالیة. وجه الضعف: أن المالیة من الاعتبارات التی هی منتزعة من حصول الرغبة، و لا تقبل الشرکة عند العقلاء. و کذلک الحکم لو أراد الخیاط أخذ الخیط، فمنعه المالک من التصرف فی الثوب، و کان منعه موجباً للضرر، کما کان- أیضاً- التصرف فی الثوب حین أخذ الخیط ضرراً علی المالک، فإنه مع تعارض الضرر و سقوط قاعدة نفی الضرر فی الطرفین، یرجع إلی قاعدة السلطنة فی الطرفین، و مقتضاها عدم جواز أخذ الخیط، و عدم جواز التصرف فی الثوب،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۸۰

عوضه لو طلبه المستأجر (۱)، کما لیس علیه قبول عوض الثوب لو طلبه المؤجر. هذا و لو تنازعا فی هذه المسألة و المسألة المتقدمة قبل الحمل و قبل الخیاطة فالمرجع التحالف (۲)

فیبقی الثوب ممنوعاً من التصرف فیه من کل منهما، و لا بد من أن ینتهی الأمر إلی التخلص بالبیع، و نحوه من المعاوضات علی العین، و یکون الاشتراک بینهما بالثمن، بناء علی أن ذلک من الأحکام العرفیة، کما هو غیر بعید، و إن کان لا یخلو من خفاء.

(۱) الوجه فیه و فیما بعده ظاهر، لأنه مقتضی قاعدة السلطنة.

(۲) هذا واضح بناء علی أن المعیار فی تشخیص المدعی مصب الدعوی أما إذا کان المعیار هو الغرض المقصود للمتنازعین فمشکل، لأن المستأجر یطالب بالعمل الذی یدعیه، و الأجیر ینکر ذلک. أما الأجیر فلا یطالب بشیء، لأنهما یعترفان باستحقاق الأجرة و لا ینکرها أحدهما. نعم یدعی الأجیر استحقاق أخذ الأجرة و المطالبة لو عمل، و هذه الدعوی لیس فیها مطالبة بحق فعلی، و إنما هی مطالبة بحق استقبالی، و مثل هذه الدعوی لا تسمع، لعدم استحقاق المطالبة بالحق المذکور إلا فی ظرف فعلیته.

نعم إذا مضت المدة التی یمکن فیها العمل، و بذل الأجیر نفسه للعمل، استحق المطالبة بالأجرة لو کانت الإجارة واقعة علی العمل الذی یدعیه.

و حینئذ تصح له الدعوی، فتکون مسموعة، و یکون مدعیاً، و المستأجر منکراً. و حینئذ فإن کان مقصود المصنف (قده) هذا المعنی من التحالف فلا بأس به، و إن کان المقصود أنهما فی الزمان الواحد متداعیان فقد عرفت اشکاله. و کأنه لذلک ذکر فی بعض الحواشی لبعض الأکابر: أنه یقدم قول المؤجر فی المسألتین مع یمینه علی نفی ما یدعی المستأجر استحقاقه. (انتهی) ثمَّ إنه إذا تحالفا حکم الحاکم علی طبق کل من الیمینین، فیحکم ببطلان

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۸۱

.....

کل من الدعویین. و حینئذ یقع الکلام فی أمور.

الأول: فی أن الحکم الصادر من الحاکم لیس حکماً واقعیاً عندنا، لما یستفاد من النصوص: مثل

قول أبی عبد اللّه (ع) فی صحیح هشام ابن الحکم: «قال رسول اللّه (ص): إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان، و بعضکم ألحن بحجته من بعض، فأیما رجل قطعت له من مال أخیه شیئاً، فإنما قطعت له به قطعة من النار» «۱».

فإنه کالصریح فی أن حکم الحاکم لا یغیر الواقع و لا یبدله الی حکم آخر، فاذا حکم ببطلان الدعوی لم یکن ذلک موجباً لبطلانها واقعا، بل الواقع بحاله.

و لأجل ذلک یقع الکلام فی الأمر الثانی و هو: أنه إذا کان الأمر الواقعی بحاله باقیاً، یقع الإشکال فی جواز الحکم فی مورد التحالف، للعلم بمخالفته للواقع، فکیف یجوز له الحکم ببطلان کلتا الدعویین، مع العلم بأن إحداهما ثابتة فی الواقع؟! فالحکم المذکور مع هذا العلم حکم علی خلاف الواقع. و قد تعرضوا لدفع الاشکال المذکور بوجوه مذکورة فی مباحث حجیة القطع.

و لعل الأسد أن یقال: إن ما دل علی لزوم حسم النزاع، و المنع من وقوع الفساد المترقب منه، اقتضی جواز الحکم المذکور و إن کان علی خلاف الواقع. مثل ما إذا توقف دفع اللص علی دفع مقدار من المال إلیه، فإن وجوب الدفع لا یقتضی استحقاق اللص للمقدار المدفوع الیه، و لا- یخرج المدفوع من ملک مالکه، و لا عن تحریم التصرف فیه بغیر إذنه، فیحرم علی اللص التصرف فیه، و یجب إرجاعه إلی الدافع، و إن وجب دفعه الیه و تمکینه منه، لدفع ضرره و اتقاء شره، مع بقاء المدفوع علی ملک مالکه، و ترتب جمیع احکامه علیه. ففی المقام یکون

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب کیفیة القضاء حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۸۲

.....

حکم الحاکم من هذا القبیل، فإنه لا یوجب بطلان الدعویین واقعا و حقیقة، و إنما یحکم ببطلانهما عملا، بمعنی أنه لا یجور للمدعی مطالبة المنکر، و لا الدعوی علیه، و لا النزاع معه، و إن کان المدعی به علی ما هو علیه، لا تغییر فیه و لا تبدیل.

و بالجملة: المدعی به باق علی ما هو علیه موضوعاً و حکماً، إلا فی هذه الجهة. و هی جواز المطالبة فیه و الادعاء و النزاع، نظیر ما ذکرنا من المثال. فدلیل نفوذ الحکم مخصص لدلیل آثار الواقع فی غیر الأثر المذکور، فیخرجه عن الدلیل مع بقاء عموم الدلیل لسائر الآثار الأخری.

إذ من جملة الأحکام الواقعیة للمال مثلا- جواز المطالبة، فإذا حکم الحاکم انتفی الحکم المذکور واقعاً، و بقیت الأحکام الأخری بحالها، و کذا بالنسبة إلی سائر موارد الدعاوی. و حینئذ لا مانع من جواز الحکم فی مورد التحالف، مع العلم الإجمالی بمخالفته للواقع فی إحدی الدعویین، بل بناء علی القول بعدم جواز القضاء بعلم الحاکم و تعین الرجوع إلی البینة و الیمین، نقول: یقضی بالبینة أو الیمین، و ینفذ قضاؤه و إن علم بمخالفته للواقع. فالمحذور المذکور لا یصلح للمنع، إذ لا مانع من تخصیص دلیل الآثار بغیر جواز المطالبة.

الثالث: أن حکم الحاکم من قبیل الامارة بالنسبة إلی من عداه من المکلفین فیکون طریقاً إلی ثبوت مؤداه فی جمیع الآثار غیر الأثر

المقصود، فیجب علی جمیع المکلفین ترتیب آثار المحکوم به ظاهراً، و یکون حجـة علی ذلک لما دل علی عدم جواز رده و وجوب قبوله، مثل ما

فی مقبولـة عمر بن حنظلـة من قول الصـادق (ع): «فـإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنما اسـتخف بحکم اللّه تعالی، و علینا رد. و الراد علینا الراد علی اللّه تعالی، و هو علی حد الشرک باللّه تعالی» «۱»

فیترتب علیه أحکام الأمارات من الحجیة

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب صفات القاضی حدیث: ۱.

.....

فی ظرف الشک، و عـدم الحجیـة فی ظرف العلم بالواقع تفصـیلا أو إجمالا إذا کان منجزا. و حینئـذ یشـکل الأمر فی موارد التحالف، فـإنه یعلم بمخـالفته إجمالاـ للواقع، فلاـ مجـال للاعتمـاد علیه، فلا بـد من الرجوع عنـد العلم بمخالفته للواقع إجمالا أو تفصـیلا إلی ما تقتضیه القواعد بالنسبة إلی ذلک العلم، فان کان العلم تفصیلیا عمل بمقتضاه، و إذا کان إجمالیاً عمل بمقتضاه.

فاذا ادعی رجل زوجیـة امرأة، و أنکرت هی ذلک فحلفت، و حکم الحاکم بنفی زوجیتها، لا یجوز له أن یتزوج أمها أو بنتها أو أختها أو خامسة.

و کـل من علم بصـدقه لاـ یجوز له أن یتزوجهـا. کمـا أنهـا لاـ یجوز لهـا أن تتزوج رجلاـ آخر إذا کـان إنکارها جحوداً. و إذا اختلف المتبایعان فی المبیع و الثمن، فقال البائع بعتک العبـد بالـدار، فیقول المشتری: بعتنی الجاریـة بالبسـتان، و حلفا، و حکم الحاکم بانتفاء البیعین، فقـد علم إجمالا بملک البائع للدار أو البسـتان، و ملک المشتری للعبد أو الجاریة. و حینئذ لا یجوز شـراء العبد أو الجاریة من المشتری و لا من البائع، و کذا لا یجوز شراء الدار أو البستان من کل منهما.

لکن فی الـدروس فی أواخر کتـاب البیع قال: «إذا حلفا أو نکلا احتمل أن ینفسـخ العقـد، إذ إمضاؤه علی وفق الیمینین متعـذر، و علی وفق أحدهما تحکم. و یحتمل أن یتزلزل فیفسـخه المتعاقدان أو أحدهما أو یرضی أحدهما بدعوی الآخر، أو یفسخه الحاکم إذا یئس من توافقهمـا و امتنعا من فسـخه، لئلا یطول النزاع. و علی الانفساخ ینفسـخ من حینه، لا من أصـله. ثمَّ إن توافقا علی الفسـخ أو فسـخه الحاکم انفسـخ ظاهراً و باطناً، و لو بـدر أحـدهما فإن کان المحق فکذلک، و الا انفسخ ظاهراً». و حکی الجزم بالانفساخ عن کثیر من کتب الفاضلین و الشهیدین، و إن اختلفت عباراتهم فی کون

.....

الفسخ بعد التحالف من حینه أو من أصله، کما عن اللمعة و الروضة.

و فی الجواهر: «لا ریب أن المتجه علی مقتضـی الضوابط الشـرعیة عـدم الانفساخ بالتحالف، و لا یتسـلط الحاکم علی ذلک. هـذا کله بحسب الواقع».

و هو فی محله. و الاسـتدلال علیه بالنبوی المـذکور فی الـدروس: «إذا اختلف المتبایعان تحالفا و ترادا»، کما تری، لقصوره عن إثبات ذلـک دلالـة، لعموم الاختلاـف لصورة التـداعی و غیره، و لـذا قال فی الـدروس: «و علیه یحمل قول النبی (ص)». و کـذا سـنداً، و هو ظـاهر. بـل المروی لأصـحاب السـنن- أبی داود و الترمـذی و النسائی- هکـذا: «إذا اختلف البیعان و لیس بینهما بینـة فهو ما یقول رب

السلعة أو یتتارکان» أی:

یتفاسخان العقد. و هو غیر ما نحن فیه، و لم یرد عن صحاحهم و سننهم غیر ذلک.

و کیف کان: فالبناء علی الانفساخ أو فسخ الحاکم غیر ظاهر، کما ذکر فی الجواهر. و اللازم علی المتداعیین و علی غیرهما العمل علی مقتضی العلم الإجمالی أو التفصیلی، علی وجه لا یؤدی إلی الخصومة و النزاع، لئلا یلزم رد الحکم و عدم قبوله.

لکن قال فی الجواهر: «نعم قد یقال: إن للغیر التصرف فی کل من الثوبین نقلًا و شراءهما، بل و الثمن الذی یرجع الی المشتری منهما أیضا و إن علم أن الواقع ینافی ذلک، إلا أن الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم فی المنع عن العمل بما یقتضیه الحکم فی الظاهر. و له نظائر کثیرة فی الفقه، منها: العین المقسومة بین اثنین لتعارض البینتین مثلا، بل و مع العلم بأنها لواحد منهما إذا لم نقل بالقرعة، فإن للغیر شراء الجمیع من کل واحد منهما، و إن علم أن أحدهما غیر مالک للنصف، إجراء للحکم الظاهری. بل إذا لم یکن إجماع جری مثله فی النکاح لو فرض التداعی

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۸۵

.....

بین السید و آخر فی تزویج أمته، فقال السید هذه، و قال الآخر بل هذه، و تحالفا، فان للغیر التزویج بهما و إن علم أن إحداهما ذات زوج، عملًا بالحکم الظاهری».

و فیه: أنه مع الاعتراف بأنه حکم ظاهری کیف یجوز العمل به مع العلم التفصیلی بمخالفته للواقع؟! و هل هو إلا تناقض بین الحکمین؟!.

و کذا الحکم مع العلم الإجمالی علی التحقیق من کونه حجة علی نحو یمنع من جعل الحکم الظاهری علی خلافه فی أحد الأطراف، فضلا عن تمامها.

و الحکم فیما ذکره من المثال من العین المقسومة بین المتداعیین لتعارض بینتیهما أیضاً کذلک، فإنه لا یجوز البناء علی کون القسمة ظاهریة، و أنه یجوز العمل علیها حتی مع العلم بالمخالفة للواقع. نعم لا بأس إذا کانت القسمة واقعیة، بأن تکون البینتان سببا للاشتراک فی العین، فحینئذ یجوز ترتیب الآثار علیهما مطلقاً. لکن الدلیل المتضمن للقسمة ظاهر فی کونها لمحض حسم النزاع و دفع الفساد المترتب علیه، و لیس فیها تحلیل الحرام و تحریم الحلال واقعا.

بل اللازم إیکال أمر عمل المتخاصمین بالنظر الی الواقع إلی علمهما.

و کذلک عمل غیرهما ممن یکون مورداً للابتلاء. و لذا قال فی الدروس فی أواخر کتاب القضاء: «تتمة: لا یتغیر الشیء عما هو علیه بحکم الحاکم، فلو حکم بشاهدی زور علی عقد أو فسخ أو طلاق أو نکاح لم یستبح المحکوم به، و لا یحل- للعلم بکذبهما- موافقة الحکم. و علی المرأة الامتناع لو علمت بالتزویر، فإن أکرهها أثم دونها، و لها التزویج لغیره بعد العدة، و للرجل إتیانها إذا کان محکوماً علیه بطلاقها، و إن تزوجت بغیره بعد العدة».

و قد اشتهر فی کلامهم عدم وجوب العمل بالحکم إذا علم بمخالفته

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۱۸۶

.....

للواقع، بل الظاهر أنه لا کلام فیه و لا إشکال. فکیف یمکن جعل حکم الحاکم حجة حینئذ؟! و لیس هو إلا کغیره من الحجج التی لا مجال للعمل بها مع العلم التفصیلی علی خلافها ضرورة. و کذا مع العلم الإجمالی علی خلافها علی ما هو التحقیق عند المحققین من

کونه منجزاً للواقع کالعلم التفصیلی.

کما أنه یجب العمل به مع الشک و الجهل بالواقع، و لا فرق بین المتداعیین فی ذلک و غیرهما، لعموم

قوله (ع): «فلم یقبل منه فإنما استخف بحکم اللّه سبحانه.» «۱»

، الشامل للمتداعیین و غیرهما.

و مما یترتب علی ذلک: أنه لو تمکن ذو الحق من المتداعیین من استنقاذ حقه من خصمه، مع علمه بثبوت حقه، جاز له ذلک و إن کان حکم الحاکم علیه لا له، لعدم حجیة الحکم علیه مع العلم ببطلانه، و إن کان لا یجوز له المطالبة به و الادعاء، کما تقدم فی الأمر الثانی من أن دلیل نفوذ الحکم کما یدل علی حجیته فی ظرف الشک، یدل علی کونه فاصلًا للخصومة و حاسماً للنزاع. و ترتب الأثر المذکور علیه لیس من باب الطریقیة، لیکون ملغیاً مع العلم بالواقع، بل من باب الموضوعیة، و إلا تعذر الفصل به غالباً، لعلم کل من المتخاصمین بصحة دعواه نفیاً أو إثباتاً، فلو اختص بحال الشک لم یکن حاسما للنزاع مع العلم، و هو خلاف المقطوع به من أدلة نفوذه.

نعم المذکور فی کلام الأصحاب: أنه إذا کان حکم الحاکم مستندا إلی الیمین، لم تجز لمن حکم علیه بالحق المقاصة من مال المحکوم له، و إن علم بثبوت حقه. قال فی الشرائع: «إذا حلف- یعنی المدعی علیه- سقطت الدعوی. و لو ظفر المدعی بعد ذلک بمال الغریم لم تحل له المقاصة»:

و فی المسالک: «هذا هو المشهور بین الأصحاب، لا یظهر فیه مخالف»:

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب صفات القاضی حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۸۷

.....

و فی الجواهر: «بلا خلاف أجده فی شیء من ذلک».

و هذا و إن کان خلاف مقتضی الأدلة الأولیة، المقتضیة لبقاء حقه و جواز استنقاذه بکل طریق شاء، بلا مطالبة و لا منازعة إلا أن مستنده جملة من النصوص، ادعی دلالتها علیه. منها.

خبر عبد اللّه بن أبی یعفور، عن أبی عبد اللّه (ع): «إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه، فاستحلفه، فحلف أن لا حق له قبله، ذهبت الیمین بحق المدعی، فلا دعوی له.

قلت له: و إن کان علیه بینة عادلة؟ قال: نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه باللّه تعالی خمسین قسامة ما کان له، و کانت الیمین قد أبطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه» «۱».

و

زاد فی الفقیه: «قال رسول اللّه (ص): من حلف لکم علی حق فصدقوه، و من سألکم باللّه فأعطوه، ذهبت الیمین بدعوی المدعی و لا دعوی له» «۲».

و

خبر خضر النخعی عن أبی عبد اللّه (ع): «فی الرجل یکون له علی الرجل المال فیجحده قال (ع):

إن استحلفه فلیس له أن یأخذ شیئاً، و إن ترکه و لم یستحلفه فهو علی حقه» «۳»

و

خبر عبد اللّه بن وضاح: «قال: كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة، فخاننى بألف درهم، فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجراً فوقع له بعد ذلک عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن اقتص الألف درهم التى كانت لى عنده، و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن (ع) فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت. فكتب (ع): لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمک فلا تظلمه،

(۱) الوسائل باب: ۹ من أبواب كيفية القضاء حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۹ من أبواب كيفية القضاء حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب كيفية القضاء حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۸۸

.....

و لو لا أنک رضيت بيمينه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت يدك، و لكنک رضيت بيمينه و قد ذهبت اليمين بما فيها. فلم آخذ منه شيئاً، و انتهيت الى كتاب أبى الحسن (ع)» «۱».

و أما

النبوى: «من حلف باللّه فليصدق، و من لم يصدق فليس من اللّه و من حلف له باللّه فليرض، و من لم يرض فليس من اللّه فى شىء»

«۲»

، فليس مما نحن فيه لظهوره فى الترغيب فى الإذعان بمضمون الحلف.

لكن الخبر الأول ظاهر فى نفى جواز التداعى. و الثانى غير بعيد.

و الواضح الدلالة الأخير. و هما و إن كانا ضعيفى السند، لكن ضعفهما مجبور بالعمل. لكنهما مختصان بالدين و المقاصة من مال المحكوم له، و لا يشمل أخذ العين نفسها إذا أمكن المحكوم عليه، و لا المقاصة عنها. و قد عرفت أن مقتضى القواعد جواز ذلک، و التعدى من مورد النصوص إلى ذلک غير ظاهر. و أشكل منه التعدى عن المقاصة إلى سائر التصرفات فى العين من لبس و نحوه. و أشكل منه التعدى إلى التصرفات الاعتبارية، مثل احتسابه زكاة، و إبرائه منه، و عتقه، و وقفه، و نحو ذلک، فان ذلک كله بعيد عن مدلول النصوص المذكورة جداً، فلا موجب فيه للخروج عن القواعد. نعم لا تبعد دعوى عموم النص للمقاصة عن العين بقرينة التعليل:

«إن كان ظلمک فلا تظلمه»

، فان الظاهر أن المقصود من ظلمه أخذ ماله بغير اذنه من عين أو دين. فتأمل.

كما أن النصوص المذكورة مختصة باليمين، فاذا كان مستند الحكم البينة أو النكول أو الإقرار لا مانع من المقاصة، عملًا بالقواعد الأولية من دون مخرج عنها. و التعليل فى خصوص الخبر الأخير غير واضح الانجبار

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب كيفية القضاء حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب كتاب الايمان حديث: ۱.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۸۹

.....

بالاعتماد، لاقتصار کلماتهم علی خصوص الیمین، و ظاهرهم الاعتماد علی نصوص الیمین من حیث کونها یمیناً، و من الجائز أن لا یکون اعتمادهم علی هذا الخبر، فلم یثبت انجباره، و لا سیما بملاحظة ما دل علی مشروعیة المقاصة، و عموم قوله تعالی (فَمَنِ اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ) «۱».

هذا و الذی تحصل مما ذکرنا أمور:

(الأول): أن حکم الحاکم لا یغیر الواقع، بل هو محفوظ فی نفسه و علی حاله. (الثانی): أن علم الحاکم إجمالًا لا ینافی حکمه بخلاف العلم.

(الثالث): أن حکم الحاکم فاصل للخصومة و مانع من النزاع و إن علم أحد الخصمین و کلاهما ببطلانه، و أن هذا الأثر حکم واقعی. (الرابع):

أن حکم الحاکم بالنسبة إلی موادة حکم ظاهری، لا یجوز العمل به مع العلم بخلافه إجمالًا أو تفصیلا، و إنما یجب العمل به مع الشک. و لا فرق بین المتخاصمین و غیرهما من سائر المکلفین. (الخامس): أن بناء جمع من الأصحاب علی انفساخ العقد بعد التحالف- إذا کان النزاع فی العقود- مما لا دلیل علیه، فلا مجال للبناء علیه. و کذا البناء علی أن الحاکم له الولایة علی الفسخ. (السادس): یستثنی من جواز العمل بالعلم- إذا کان علی خلاف الحکم- المقاصة، فلا تجوز المقاصة من المحکوم علیه إذا کان عالما بثبوت حقه، و کان مستند الحکم الیمین. (السابع): أنه لا یلحق بالمقاصة أخذ العین نفسها، و لا التصرف فیها بغیر نحو المقاصة، سواء کان التصرف خارجیا مثل اللبس و نحوه، أم اعتباریاً مثل الإبراء و الوقف. (الثامن):

أن حرمة المقاصة مختصة بما إذا کان مستند الحکم الیمین، فلا مانع من المقاصة إذا کان مستند الحکم البینة، أو النکول، أو الإقرار خطأ أو اشتباهاً.

(۱) البقرة: ۱۹۴.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۱۹۰

[(مسألة ۱۴): کل من یقدم قوله فی الموارد المذکورة]

(مسألة ۱۴): کل من یقدم قوله فی الموارد المذکورة علیه الیمین للآخر.

[خاتمة فیها مسائل]

اشارة

خاتمة فیها مسائل:

[(الأولی): خراج الأرض المستأجرة فی الأراضی الخراجیة علی مالکها]

(الأولی): خراج الأرض المستأجرة فی الأراضی الخراجیة علی مالکها (۱). و لو شرط کونه علی المستأجر خاتمة

(۱) لا ینبغی التأمل فی أن الأرض الخراجیة- و هی المحیاة حین الفتح- ملک للمسلمین من ولد و من لم یولد، لا یملکها أحد

غیرهم. و مـا ذکره جماعـة من أنهـا تملـک لآحاد الناس تبعا للآثار، لا دلیل علیه، کما ذکرنا فی حاشـیتنا علی مکاسب شـیخنا الأعظم (ره). و مـا فی مفتاح الکرامـة من أن دعوی أن أرض الخراج لا تکون ملکا، وهمٌ قطعاً، فإن الأرض المفتوحـة عنوة المحیاة قبل الفتح إذا أذن الإمام لأحد بأن یبنی فیها أو یغرس، و أن یکون علیه خراجها، ملک رقبتها أصالة أو تبعاً- علی الخلاف- فاذا زالت آثاره زال ملکه. (انتهی). غیر ظاهر، فراجع. و لعل مقصود المتن من المالک: المؤجر الذی یملک منفعتها.

ثمَّ الظاهر أنه لا إشـکال ظاهر فیما ذکره من أن الخراج علی المالک لا علی المسـتأجر، لأنه موضوع علی من بیده الأرض، و من جعل له سلطان التصرف فیها، فلا یکون علی المستأجر. و یظهر من کلماتهم فی کتاب

صح علی الأقوی. و لا یضر کونه مجهولا من حیث القلة و الکثرة (۱)، لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً،

المزارعـة التسـالم علی الحکم المـذکور، و إن اختلفت عبـاراتهم، فمنهم من عبر بالمالـک. و آخر بالصـاحب. و ثالث برب الأرض. و المراد به ما عرفت.

و یشهد بالحکم المذکور

خبر سعید الکندی قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع):

إنی آجرت قوماً أرضاً، فزاد السـلطان علیهم. فقال (ع): أعطهم فضل ما بینهما. قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد علیهم. قال (ع): إنهم إنما زادوا علی أرضک» «۱».

(۱) أشار بـذلک إلی ما ذکر فی المسالک فی مبحث المزارعـة من المنع عن الشـرط المـذکور. للجهالـة القادحـة. و استشـکل فیه فی الریاض. و دفعه المصـنف باغتفار مثل هـذه الجهالـة عرفاً. و کأنه لأن الشـرط تابع و لیس مقوماً للعقـد، فالجهالـة فیه لیست جهالـة فی العقـد. و یشـکل: بـأن الشـرط فی ضـمن العقـد و إن لم یکن من مقومـات کلی العقـد، لکنه من مقومـات شـخصه، فالجهل فیه جهل بمضمون العقد الشخصی، فیصدق علی الإجارة الشخصیة أنها غرریة. نعم قد یصح ذلک فی الشروط الملحوظة تبعاً لرکن العقد، مثل: اشتراط حمل الدابة و سرجها و لجامها و نحو ذلک مما کان معدوداً من توابع العوض.

هذا و فی الجواهر قال فی مبحث المزارعة: «لعل الوجه فی إطلاق النص و الفتوی صـحة هذا الشـرط: أنه من اشتراط کون حق الخراج علیه نحو اشتراط حق الزکاة علی مشتری الثمرة، مع عدم العلم بمقدارها، إذ لیس هو اشتراط قدر، بل اشتراط حق، و ربما لا یؤدی عنه شیئاً، و مرجعه إلی اشتراط کون الزارع کالمالک فی تعلق هذا الحق، الذی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۶ من أبواب المزارعة حدیث: ۱۰.

و لإطلاق بعض الأخبار (۱).

لا إشکال فی صحة اشتراطه».

و یشـکل: بـأن اشـتراط کـون الحق علیه لاـ یخلو من إشـکال فی نفسه لأـن موضوع حق الخراج هو المالـک، فکیف یمکن أن یجعل موضوعه غیره؟! فإن أمر موضوع الحق بیـد جاعله، و لا یکون بید غیره، فاشتراط ذلک غیر معقول، فضـلا عن أن یکون صـحته مما لا إشـکال فیهـا. و کـذا الحکم فی اشتراط حق الزکـاة، فإن متعلقه عین النصاب، و لیس متعلقا بالمالک لیکون مما نحن فیه. نعم خطاب أداء الزکـاة متعلق بالمالـک، و اشـتراط کـونه علی المشـتری بحیث یخرج المالـک عن موضوع الخطـاب، أیضـاً غیر معقول، إذ لیس

للمأمور صلاحية نقل الخطاب المتعلق به إلى غيره.

هذا مضافاً إلى أن مقدار الخراج إذا كان مجهولًا كان الحق مجهولا. و مثله:

أن يشترط عليه أن يملكه ما فى الصندوق المردد بين القليل و الكثير، فالتقريب المذكور لا يرفع الإشكال.

فالعمدة ما عرفت فى أول الكتاب من أنه لا دليل على قدح الجهالة كلية فى عقد الإجارة. و دليل نفى الغرر مختص بالبيع. و الإجماع على القدح غير حاصل.

(۱)

فى صحيح داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه (ع): «فى الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها، و يعطيه مائتى درهم فى السنة. قال (ع):

لا بأس» «۱».

و نحوه صحيح يعقوب بن شعيب

«۲». و ظاهرهما جواز شرط ذلك مع تردده بين الأقل و الأكثر، فالدلالة تكون بالظهور

---

(۱) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب المزارعة حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب المزارعة ملحق حديث: ۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۳

[(الثانية): لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء]

(الثانية): لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء و سائر الأئمة صلوات اللّه عليهم (۱)، و لكن

لا بالإطلاق. نعم

فى صحيح يعقوب الآخر عن أبى عبد اللّه (ع) قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها، فما كان من فضل فهو بينهما. قال (ع): لا بأس» «۱».

لكن الظاهر منه المزارعة لا الإجارة.

و

خبر إبراهيم بن ميمون: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن قرية لأناس من أهل الذمة، لا أدرى أصلها لهم أم لا، غير أنها فى أيديهم و عليها خراج، فاعتدى عليهم السلطان، فطلبوا إلى فأعطونى أرضهم و قريتهم، على أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر، ففضل لى بعد ذلك فضل، بعد ما قبض السلطان ما قبض. قال (ع): لا بأس بذلك، لك ما كان من فضل» «۲».

و نحوه خبر أبى بردة

«۳». و خبر أبى الربيع

«۴». و هذه الروايات و إن كانت مطلقة، لكنها ظاهرة فى كون أداء الخراج عوضاً، لا شرطاً فى العقد.

(۱) لا ينبغى التأمل فى صحة ذلك، لكونه عملًا له منفعة معتد بها دنيوية و أخروية. نعم قد يشكل ما هو المتعارف، من جهة أنه لا بد من تعيين العمل بالخصوصيات التى تختلف بها الرغبات و المالية، لاختلاف مالية القراءة بلحاظ اختلاف المضامين، و اختلاف كيفية الأداء. و اختلاف المدة، فإذا لم يكن تعيين بطلت الإجارة. نعم إذا كانت الإجارة واقعة

(۱) الوسائل باب: ۱۰ من أبواب المزارعة حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب المزارعة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب المزارعة حديث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۷ من أبواب المزارعة حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۴

لو أخذها على مقدماتها من المشى إلى المكان الذى يقرأ فيه كان أولى (۱).

[(الثالثة): يجوز استئجار الصبى المميز من وليه الإجبارى]

(الثالثة): يجوز استئجار الصبى المميز من وليه الإجبارى أو غيره- كالحاكم الشرعى- لقراءة القرآن أو التعزية و الزيارات (۲). بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الأموات بناء على الأقوى من شرعية عباداته (۳).

على كلى القراءة و مسمى ذكر المصاب، صحت و إن لم يكن تعيين.

و حينئذ لا بد فى تصحيح الإجارة من وقوعها على النحو المذكور، و حينئذ يستحق الأجرة بمجرد ذلك.

(۱) كأنه ليكون أبعد عن شبهة منافاة قصد أخذ الأجرة للإخلاص.

(۲) الأمور الثلاثة و أمثالها: تارة: يحصل المقصود منها بمجرد وجودها، سواء كانت عبادة أم لا، و حينئذ لا شبهة فى صحة إجارة الصبى عليها، كسائر الأعمال غير العبادية مثل الخياطة و النساجة و نحوهما.

و أخرى: لا- يحصل المقصود منها إلا- بوقوعها على وجه العبادة، فقد تشكل الإجارة عليها بناء على أن عبادات الصبى تمرينية لا شرعية. إلا أن يقال:

إن الخلاف المذكور يختص بالعبادات الوجوبية، لأن حديث رفع القلم عن الصبى يختص برفع الوجوب. لكن الظاهر منهم عموم الخلاف، بناء منهم على أن أدلة التشريع العامة غير شاملة للصبى، فينحصر تشريع عباداته بدليل آخر غيرها. و لذلك جعلوا مبنى الخلاف المذكور: أن الأمر بالأمر هل هو أمر أو لا؟ فعلى الأول: تكون مشروعة، و على الثانى: لا تكون.

و لا فرق فى ذلك بين الواجبات و المستحبات.

(۳) قد تكرر مراراً فى هذا الشرح التعرض لهذه المسألة. و قد ذكرنا فيما سبق أن أدلة التشريع عامة للبالغ و غير البالغ. و ليس ما يستوجب رفع

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۵

[(الرابعة): إذا بقى فى الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول الزرع فنبتت]

(الرابعة): إذا بقى فى الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول الزرع فنبتت، فان لم يعرض المستأجر عنها كانت له (۱)،

اليد عن العموم المذكور الا حديث رفع القلم عن الصبى، لكن الجمع العرفى بينه و بين الأدلة العامة بحمله على رفع الإلزام، فيكون ترخيصاً فى مخالفة الوجوب و الحرمة، كما يشهد به ذكره فى سياق النائم، فإنه أحد الثلاثة الذين رفع عنهم القلم، و لا ريب أنه لا يسقط عنه التكليف بالمرة، و إنما يسقط عنه اللزوم العقلى، فراجع مبحث المرتد فى باب نجاسة الكافر و غيره من المباحث.

ثمَّ إن الظاهر أن صحة النيابة عن الأموات لا تبتنى على شرعية عبادة النائب، فإن الفقير غير المستطيع يجوز نيابته عن الميت فى حج الإسلام، و المسافر تشرع له النيابة عن الميت فى صلاة التمام، و الحاضر تشرع له النيابة عن الميت فى صلاة القصر. و هكذا. إذ اللازم فى صحة النيابة فى العبادة مشروعية العبادة فى حق المنوب عنه، لأن النائب يمتثل الأمر المتوجه إلى المنوب عنه، فاذا لم يكن المنوب عنه مأموراً لم تمكن النيابة عنه. و أما النائب فلا يعتبر فى صحة نيابته توجه أمر إليه بالفعل المنوب فيه، نعم يعتبر وجود عموم يدل على مشروعية النيابة من الصبى، كما لو شك فى مشروعية نيابة الذكر عن الأنثى و بالعكس. و الظاهر ثبوت هذا العموم، لعموم بناء العقلاء، و عموم الأخبار المتقدمة فى مباحث النيابة.

(۱) قال فى التذكرة فى كتاب المزارعة: «إذا زارع رجلًا فى أرضه فزرعها، و سقط من الحب شىء و نبت فى ملك صاحب الأرض عاماً آخر، فهو لصاحب البذر عند علمائنا أجمع. و به قال الشافعى».

و قال فى كتاب العارية: «لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۶

.....

أو لوزه إلى أرض آخر، كان على صاحب الأرض رده على مالكه إن عرفه، و إلا كان لقطة. فإن نبت فى أرضه و صار زرعاً أو شجراً، فإنه يكون لصاحب الحب و النوى و الجوز و اللوز، لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض. و لا نعلم فيه خلافاً». و فى القواعد فى كتاب المزارعة: «و لو تناثر من الحاصل حب فنبت فى العام الثانى، فهو لصاحب البذر. و لو كان من مال المزارعة فهو لهما» و نحوه كلام غيره. و مثله مفروض المتن. و الحكم فيه كما ذكر المصنف (ره). و وجهه ما أشار إليه فى التذكرة من أن النماء تابع الأصل، فيملكه مالك الأصل.

نعم قال فى التذكرة أيضاً: «لو كان المحمول بالسيل ما لا قيمة له كنواة واحدة و حبة واحدة فنبت، احتمل أن يكون لمالك الأرض إن قلنا لا يجب عليه ردها إلى مالكها لو لم تثبت، لانتفاء حقيقة المالية فيها، و التقويم إنما حصل فى أرضه. و هو أحد وجهى الشافعية. و أن يكون لمالكها إن قلنا بتحريم أخذها و وجوب ردها قبل نباتها. فعلى هذا فى قلع النابت وجهان». و لا ينبغى التأمل فى أن الأصح الاحتمال الثانى، فإن الملكية ليست متقومة بالمالية، فإن المالية تابعة لتنافس العقلاء على موضوعها، و التنافس إنما يكون مع الاعتداد بمرتبة المالية، فإذا لم تكن بمرتبة معتد بها لم يكن موضوعها. و ليست الملكية كذلك، فإنها تابعة لأسباب أخرى عرفية أو شرعية، فيصح اعتبارها مع وجود السبب، و لو لم تكن للعين مالية. فالمالية و الملكية متباينان مفهوماً، و بينهما عموم من وجه مورداً.

نعم الأدلة اللفظية مثل:

«لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه» «۱»

، و مثل:

«فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه» «۲»

إنما يدلان على حرمة التصرف فى مال الغير، و لا يدلان

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب مكان المصلى حديث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب الأنفال حديث: ۶.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۷

و إن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له (۱).

على حرمة التصرف فى ملک الغير. لكن الظاهر التسالم على حرمة التصرف فى ملک الغير كماله. يظهر ذلک من كلمات أصحابنا، و غيرهم من المخالفين.

و يكفى فى إثباته كونه ظلماً و عدواناً، فيدل على حرمته ما دل على حرمة الظلم و العدوان. و قد أشار المصنف (ره) إلى شىء من ذلک فى مبحث التيمم فى مسألة ما إذا حبس فى مكان مغصوب.

(۱) المنسوب الى المشهور: أن مجرد إعراض المالک عن المملوک يجعله كالمباح بالأصل، فيجوز لكل تملكه.

قال فى السرائر- بعد ما روى عن الشعيرى: «

قال: سئل أبو عبد اللّه (ع) عن سفينة انكسرت فى البحر، فأخرج بعضه بالغوص، و أخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال (ع): أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه أخرجه لهم، و أما ما خرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» «۱»

:- «قال محمد بن إدريس: وجه الفرق فى هذا الحديث: أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، و ما تركه أصحابه آيسين منه، فهو لمن وجده أو غاص عليه، لأنه صار بمنزلة المباح. و مثله من ترک بعيره من جهد فى غير كلاء و لا ماء، فهو لمن أخذه، لأنه خلاه آيسا منه، و رفع يده عنه، فصار مباحا. و ليس هذا قياساً، لأن مذهبنا ترک القياس، و إنما هذا على جهة المثال، و المرجع فيه إلى الإجماع و تواتر النصوص، دون القياس و الاجتهاد. و على الخبرين إجماع أصحابنا منعقد».

قال فى الجواهر- بعد نقل بعض كلامه هذا-: «قلت: لعل ذلک هو العمدة فى تملک المعرض عنه. مضافاً الى السيرة فى حطب المسافر و نحوه، و إلا فمن المعلوم توقف زوال الملک على سبب شرعى،

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب اللقطة حديث: ۲.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۱۹۸

.....

كتوقف حصوله، و لا دليل على زوال الملک بالاعراض، على وجه يتملكه من أخذه كالمباح. و من هنا احتمل جماعة إباحة التصرف فى المال المعرض عنه دون الملک، بل عن ثانى الشهيدين: الجزم بذلک. و عن بعض:

أنه لا يزول الملک بالإعراض، إلا فى الشىء اليسير كاللقمة، و فى التالف كمتاع البحر، و فى الذى يملک لغاية قد حصلت كحطب المسافر. و عن آخر: اعتبار كون المعرض عنه فى مهلكة، و يحتاج الاستيلاء عليه الى الاجتهاد- كغوص و تفتيش و نحوهما- فى حصول التملک به. و ربما استظهر من عبارة ابن إدريس المتقدمة: اعتبار اليأس، زيادة على الاعراض فيه أيضاً. إلى غير ذلک من كلماتهم، التى مرجعها الى تهجس فى ضبط عنوان لذلک. مع أن السيرة عليه فى الجملة، و ليس فى النصوص غير ما عرفت التعرض له».

أقول: مثل خبر الشعيرى

خبر السكونى، عن أبى عبد اللّه (ع) عن أمير المؤمنين (ع)- فى حديث-: «قال: و إذا غرقت السفينة و ما فيها فأصابه الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم أحق به، و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم» «۱».

و لا يخفى أن الخبرين المذكورين لا دلالة فيهما على أن الوجه فى جواز تملک الغواص لما أخرجه.

هو يأس المالک، أو إعراضه، أوهما، أو شىء آخر غيرهما، إذ هو حكم فى واقعة خاصة، لا تعرض فيهما لمناطه.

لكن ربما يستفاد منهما و من غيرهما من النصوص المذكورة فى مبحث اللقطة: أن المال المملوک إذا صار بحال يؤدى الى ضياعه و

تلفه، فاستنقذه شخص آخر من الضياع و التلف، كان ملكا له، نظير:

«من

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب اللقطة حديث: ۱.

.....

أحيا أرضاً مواتاً فهي له» «۱»

ففي صحيح عبد اللّه بن سنان عن أبي عبد اللّه (ع): «من أصاب مالًا أو بعيراً في فلاة من الأرض، قد كلت و قامت و سيبها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقة حتى أحياها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها و انما هي مثل الشيء المباح» «۲».

و

خبر مسمع عن أبي عبد اللّه (ع) قال: «إن أمير المؤمنين (ع) كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحياها. قال: و قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل ترك دابة بمضيعة، قال: إن كان تركها في كلاء و ماء و أمن، فهي له يأخذها متى شاء، و إن كان تركها في غير كلاء و لا ماء، فهي لمن أحياها» «۳».

و

صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد اللّه (ع) «قال: جاء رجل الى النبي (ص) فقال: يا رسول اللّه إني وجدت شاة. فقال رسول اللّه (ص): هي لك أو لأخيك أو للذئب. فقال: يا رسول اللّه (ص) إني وجدت بعيراً فقال (ص): معه حذاؤه و سقاؤه،- حذاؤه: خفه و سقاؤه: كرشه- فلا تهجه» «۴».

و نحوها غيرها. فان الظاهر من الجميع: أن الاستنقاذ من التلف في ظرف عجز المالك- سواء كان ملتفتا إلى ذلك و ترك المال عجزاً منه، أم غير ملتفت اليه، كما في مورد النصوص الأخيرة- مملك. و عليه فان أمكن العمل بالنصوص تعين القول بذلك.

و لا دخل للاعراض و عدمه و لا لإباحة المالك و عدمها في جواز التملك من المنقذ، و إن لم يمكن العمل بالنصوص- لإعراض المشهور عنها- فاللازم

(۱) الوسائل باب: ۱ من أبواب إحياء الموات حديث: ۵، ۶.

(۲) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب اللقطة حديث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب اللقطة حديث: ۳.

(۴) الوسائل باب: ۱۳ من أبواب اللقطة حديث: ۱.

.....

القول بعدم جواز التملك بمجرد ذلك و غيره.

و في الجواهر قال: «و أما المال الذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب- كغرق أو حرق و نحوهما- فيشكل تملكه

بالاستیلاء علیه، خصوصاً مع عدم العلم باعراض صاحبه عنه علی وجه یقتضی إنشاء إباحة منه لمن أراد تملکه، أو رفع یده عن ملکیته، و إنما هو للعجز عن تحصیله، نحو المال الذی یأخذه قطاع الطریق و الظلمة». أقول: قد عرفت أن موضوع النصوص المال الذی بحال ینتهی إلی التلف لا المال الذی امتنع علی صاحبه تحصیله، فلا یدخل فیه المال الذی یأخذه قطاع الطریق و الظلمة.

و الانصاف یقتضی جواز العمل بالنصوص المذکورة، و لم یتحقق من المشهور الاعراض عنها، و قد تعرضوا لمضمونها فی لقطة الحیوان الذی لا یمتنع من السباع و الضیاع، و فی حکم السفینة إذا انکسرت و غرق ما فیها.

لکن إثبات القاعدة الکلیة، و أن کل ما یؤدی بقاؤه إلی التلف لو لم یؤخذ یجوز أخذه و تملکه، غیر ظاهر. و لا سیما أن نصوص الشاة لم یعمل بظاهرها عند المشهور، لبنائهم علی جواز أخذها مع الضمان، علی اختلاف منهم فی معنی الضمان، و أنه فعلی فتکون فی الذمة کسائر الدیون، أو علی تقدیر المطالبة، کبنائهم علی وجوب التعریف، و إن کان الأظهر عدم الضمان، و عدم لزوم التعریف، أخذاً بظاهر النصوص المشار إلیها و حملا لما دل علی الضمان أو التعریف علی غیر الالتقاط فی الفلاة، بقرینة لزوم التعریف الذی لا یکون فی الفلاة. کما أشرنا إلی ذلک فی مباحث اللقطة.

هذا، و أما إعراض المالک: فلا یظهر من الأدلة کونه موجباً لخروج المال عن ملک مالکه، و صیرورته من قبیل المباحات الأصلیة، کما عرفت نسبته إلی المشهور، بل یظهر من کلماتهم المتعرضة لحکم الحب

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۰۱

و لو بادر آخر إلی تملکها ملک (۱)،

المتساقط: التسالم علی خلاف ذلک. قال فی التذکرة: «لو نبتت نواة سقطت من إنسان فی أرض مباحة أو مملوکة، ثمَّ صارت نخلة و لم یستول علیها غیره، فإن النخلة تکون ملک صاحب النواة قطعاً». و لعل مرادهم جواز تملکه لغیر المالک، و إن کان باقیا علی ملک مالکه، کما قد یظهر من بعضهم. لکنه أیضاً غیر ظاهر، لقصور النصوص المذکورة عن إثبات ذلک، إذ لیس ما یتوهم منه الدلالة علی ذلک، إلا صحیح ابن سنان و نحوه، مما اشتمل علی ترک المالک، و قد عرفت أنه ظاهر فی التملک بالاحیاء، لا بالاستیلاء. و السیرة المدعاة علیه غیر ظاهرة. و أما تحلیل نثار العرس و حطب المسافرین [۱] و نحوهما فالظاهر اختصاصه بصورة حصول امارة علی إباحة المالک. و لأجل ذلک یتعین تقیید عبارة المتن بهذه الصورة، اقتصاراً علی القدر المتیقن. و لعل مقصود المصنف (ره)- کغیره- صورة ما إذا ظهر من المالک الإباحة، کما هو الغالب.

(۱) و فی الجواهر- فی بیان أصل المسألة، بعد ما ذکر أن الزرع لصاحب البذر- قال: «لکن مع فرض کون الحب من الذی هو معرض عنه، علی وجه یجوز للملتقط التقاطه، فهل هو کذلک، لأنه لا یزول عن الملک، بالاعراض، بل به مع الاستیلاء، و الفرض عدمه الی أن صار زرعاً، و الفرض عدم الاعراض عنه فی هذا الحال؟، أو أنه یکون لصاحب الأرض لأنه من توابعها و نمائها، بل لعل کونه فیها نوع

---

[۱] لعل المنظور فی مستند التحلیل فی هذین الموردین هو السیرة و إلا فلم نعثر علی خبر یدل علی الحلیة فی الثانی، نعم فی بعض الاخبار تدل علیه بالفحوی فراجع الوسائل باب: ۱۲ من اللقطة.

و اما الأول فالأخبار الواردة فیه أدل علی المنع إلا ان تأول. فراجع الوسائل باب: ۳۶ من أبواب ما یکتسب به من کتاب التجارة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۰۲

و إن لم یجز له الدخول فی الأرض إلا بإذن مالکها (۱).

[(الخامسة): إذا استأجر القصاب لذبح الحیوان فذبحه علی غیر الوجه الشرعی]

(الخامسة): إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعى بحيث صار حراماً، ضمن قيمته (٢).
بل الظاهر ذلک إذا أمره بالذبح تبرعاً. و كذا فى نظائر المسألة.

استيلاء من المالک عليه؟ وجهان، إلا أنه جزم فى التـذكرة: بأنه بينهما على كل حال، خلافا لبعض العامـة». ذكر ذلک فى آخر كتاب المزارعة.

و يشكل الأول: بأن الزرع عرفاً نماء الحب فى الأرض، و لـذا لو غصبه غاصب فزرعه كان الزرع للمالک. و الثانى: بأن الاستيلاء بغير قصد لا يستوجب الملک.

(١) هذا و إن كان مقتضى عموم:

«فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه» «١»

، إلا أن السيرة جارية فى الأرض غير المحصنة و المحجبة على الدخول إليها و العبور فيها، و نحو ذلک من التصرفات غير المعتد بها، و قد جرت سيرة النجفيين على اختلاف طبقاتهم فى العلم و الصـلاح، على الدخول فى البساتين التى بين مسجد الكوفة و الفرات، إذا لم تكن مسورة، فتراهم يعبرون فيها و يجلسون للاستراحة، أو لأكل الطعام و شـرب الشاى و نحو ذلک، من دون توقف. و كذلک فى غيرها من البساتين الواقعـة على حافـة نهر الفرات أو نهر الحسـينية، أو غيرهما من الجـداول، فيدل ذلک على الجواز. و من ذلک يظهر جواز العبور فى الشوارع المستحدثة فى المدن. فلاحظ.

(٢) كما تقدم فى المسألة الرابعة من فصل كون العين المسـتأجرة أمانة. و قد تقدم الاستدلال عليه بالنصوص المستفاد منها قاعدة: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن». فراجع:

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الأنفال حديث: ۶.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٠٣

[(السادسة): إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد]

(السادسة): إذا آجر نفسه للصـلاة عن زيد، فاشتبه و أتى بها عن عمرو، فان كان من قصده النيابة عمن وقع العقد عليه (١). و تخيل أنه عمرو فالظاهر الصـحة عن زيـد، و اسـتحقاقه الأجرة. و إن كان ناوياً بالنيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمة زيد، و لم يسـتحق الأجرة، و تفرغ ذمة عمرو إن كانت مشـغولة، و لا يسـتحق الأجرة من تركته، لأنه بمنزلة المتبرع (٢). و كـذا الحال فى كل عمل مفتقر إلى النية.

[(السابعة): يجوز أن يؤجر داره]

(السابعـة): يجوز أن يؤجر داره مثلا- إلى سـنة بأجرة معينـة، و يوكل المسـتأجر فى تجديـد الإجارة عنـد انقضاء المـدة، و له عزله بعد ذلک. و إن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل

---

(١) لا إشـكال فى أن ذات زيـد غير ذات عمرو، فاذا قصـد النائب ذات زيد: فتارة: يكون قصد عنوان عمرو على نحو يكون طريقاً إلى ذات زيد و مرآة لها. و تارة: يكون قيداً لها على نحو تعدد المطلوب.

و ثالثـة: علی نحو وحدة المطلوب. فان کان علی أحد النحوین الأولین کانت صـلاته وفاء للإجارة، و أداء للعمل المسـتأجر علیه. و إذا کان علی النحو الأخیر، لم تکن صلاته وفاء و لا أداء للعمل المستأجر علیه، لأنه غیر ما استؤجر علیه. و إذا قصد النائب ذات عمرو جاء فیه أیضا الصور الثلاث. و فی الجمیع لا تکون صـلاته أداء للعمل المسـتأجر علیه، و لا وفاء بالإجارة. و أما فراغ ذمـة عمرو من الصـلاة التی علیه، فیختص بفرض ما إذا قصد ذات عمرو بصورها و لا یکون بفرض ما إذا قصد ذات زید بصورها.

(۲) کما تقدم فی المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض بالحنطة و الشعیر. فراجع.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۰۴

لزم عقده. و یجوز أن یشترط فی ضمن العقد أن یکون وکیلا عنه فی التجدید بعد الانقضاء. و فی هذه الصورة لیس له عزله (۱).

[(الثامنة): لا یجوز للمشتری ببیع الخیار بشرط رد الثمن للبائع أن یؤجر المبیع أزید من مدة الخیار للبائع]

(الثامنـة): لا یجوز للمشتری ببیع الخیار بشـرط رد الثمن للبائع أن یؤجر المبیع أزیـد من مـدة الخیار للبائع (۲)، و لا فی مـدة الخیار من دون اشتراط الخیار، حتی إذا فسخ

---

(۱) لأن مرجع الشـرط الی شـرط التوکیل حـدوثاً و بقاءً، و عزله مناف لشـرط البقاء. اللهم إلا أن یقال: إن الوکالـة من النتائج التی لا یصح شـرطها کما عرفت، فضـلا عن شـرطها حدوثاً و بقاء، إذ البقاء یمتنع جعله و إنشاؤه، لأن البقاء مستند إلی اسـتعداد الذات، فمن جعل له وکیلا بقیت وکالته. و کـذلک الحکم فی البیع و النکاح و الطلاق، و إنما یقصـد بالإیجاب حدوثها، لا حدوثها و بقاؤها. فإذا کان البقاء لا یقبل الإنشاء بالعقد، فأولی لا یقبل الإنشاء بالشـرط، فلا بد أن یکون المقصود شرط أن لا یعزله عن الوکالة، فإذا عزله لم یصح، لأنه تصرف فی حق الغیر، فیخرج عن سلطانه.

(۲) المنسوب إلی الأکثر و المشـهور و المصـرح به فی کلام جماعة من الأساطین: أنه لا یجوز تصرف من علیه الخیار فی العین تصرفاً یمنع من استردادهـا. و ظـاهر ما ذکر فی وجهه: أن الخیار حق متعلق بالعین، فالتصـرف فیها تصـرف فی موضوع الحق، و لأجل قاعـدة السـلطنة علی الحقوق- التی هی کقاعـدة السـلطنة علی الأـموال- یمتنع التصـرف، لأـنه خلاـف القاعـدة المـذکورة. و الوجه فی تعلقه بالعین: أنه قائم بالعقد» و العقد قائم بالعین.

و فیه: أنه لاـ ریب عنـدهم فی جواز الفسـخ مع تلف العین فی الجملـة، کمـا یظهر من ملاحظـة کلماتهم فی جواز الإقالـة مع التلف، و جواز الفسخ

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۰۵

البائع یمکنه أن یفسخ الإجارة، و ذلک لأن اشتراط الخیار من البائع فی قوة إبقاء المبیع علی حاله حتی یمکنه الفسخ (۱)،

بالخیـار معه. و دعوی: أنه قـائم بـالعین علی نحو تعـدد المطلوب. غیر ثابتـة، و کیف ذلـک؟! مع أنه لو کـان الخیـار قائماً بالعین لبطل بتصـرف من له الخیار. و لا مجال للالتزام بـذلک فی مثل بیع الخیار، ضـرورة أن البائع یتصـرف فی الثمن، بل إنما باع لأجل الثمن. و لذلک قال شـیخنا الأعظم (ره): «فالجواز لا یخلو من قوة فی الخیارات الأصـلیة. و أما الخیارات المجعولة بالشرط، فالظاهر من اشتراطه إرادة إبقاء الملک، لیسترده عند الفسخ». و ما ذکره غیر بعید، عملا بالقرینة العامة علی إرادة ذی الخیار من شرط الخیار ذلک. و لکن علی هذا لو اتفق وجود قرینة خاصة علی غیر ذلک. لم یکن مانع من التصرف.

ثمَّ إنه بنـاء علی المنع فی الخیـار المجعول: هـل تجوز الإجـارة و نحوهـا مما لا یکون مانعا من رجوع العین إلی ملک البائع أو لا؟ فیه وجهـان، کما فی کلام شـیخنا الأعظم (ره): «من کونه ملکا له. و من إبطال التصـرف لتسلط الفاسخ علی أخـذ العین». أقول: ظاهر ما

ذكره في وجه المنع: أن البائع ذا الخيار كما اشترط الخيار في الفسخ، اشترط التمكن من الاسترداد، و المراد من الاسترداد و إن كان الاسترداد الخارجي، و هذا المعنى تنافيه الإجارة. لكن ذلك يختص بما إذا كان مقتضى الإجارة تسليط المستأجر على العين. أما إذا لم يكن كذلك، كما في إجارة السفينة على المسافرين، لا تكون الإجارة منافية لذلك. كما أن مقتضى الشرط المذكور:

أن لا يتصرف المشترى بالعين بما يمنع من ردها خارجاً إلى البائع عند الفسخ، بأن يضعها في مكان مغلق يحتاج فتحه إلى مضى مدة.

(١) قد عرفت: أن الإجارة لا تنافي الفسخ و إن قلنا بأن العقد

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٠۶

فلا يجوز تصرف ينافي ذلك.

[(التاسعة): إذا استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة]

(التاسعة): إذا استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة، فخاطه شخص آخر تبرعاً عنه استحق الأجرة المسماة (١). و إن خاطه تبرعاً عن المالك لم يستحق المستأجر شيئاً (٢)، و بطلت الإجارة. و كذا إن لم يقصد التبرع عن أحدهما، و لا يستحق على المالك أجرة، لأنه لم يكن مأذونا من قبله (٣)، و إن كان قاصدا لها، أو معتقداً أن المالك أمره بذلك.

[(العاشرة): إذا آجره ليوصل مكتوبة إلى بلد كذا إلى زيد مثلا]

(العاشرة): إذا آجره ليوصل مكتوبة إلى بلد كذا إلى زيد مثلا، في مدة معينة، فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول الى البلد، فان كان المستأجر عليه الإيصال، و كان طي الطريق مقدمة، لم يستحق شيئاً. و إن كان المستأجر عليه

متعلق بالعين، و إنما تنافي الاسترداد و الأخذ بمجرد الفسخ في بعض الصور، فالمنع من الإجارة كلية يتوقف على فهم اشتراط كون العين على حالها غير مسلوبة المنفعة، و هذا الشرط زائد على إمكان الأخذ الخارجي، و زائد على بقاء العين على ملك المشترى، بنحو يكون الفسخ موجباً لرجوعها إلى البائع. و عبارة المصنف (ره) في تعليل الحكم لا تفي بما ذكر.

(١) يعني: استحق الأجير الأجرة، لحصول العمل المستأجر عليه منه بتبرع المتبرع، فيستقر له العوض.

(٢) لعدم تحقق العمل من الأجير، فتبطل الإجارة، لتعذر العمل المستأجر عليه، لعدم قابلية المحل لخياطة ثانية.

(٣) تقدم وجهه في المسألة الثامنة عشرة من فصل إجارة الأرض

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٠٧

مجموع السير و الإيصال، استحق بالنسبة. و كذا الحال في كل ما هو من هذا القبيل. فالإجارة مثل الجعالة، قد يكون على العمل المركب من أجزاء، و قد تكون على نتيجة ذلك العمل، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأولى: يستحق الأجرة بمقدار ما أتى به، و في الثانية: لا يستحق شيئاً (١). و مثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع (٢)، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء عن إتمامها.

[(الحادية عشرة): إذا كان للأجير على العمل خيار]

(الحادية عشرة): إذا كان للأجير على العمل خيار

للزرع، و لا يكفي مجرد الاذن في الضمان، بل إما أن تكون ظاهرة في التعهد بالعوض على وجه الإجارة أو الجعالة، أو ظاهرة في

الأمر بالعمل، ليكون استيفاء موجباً للضمان، كما سبق وجهه. و إذا لم تكن الاذن ظاهرة فى أحد الأمرين لم يكن موجب للضمان.

(١) بناء على ما يأتى منه فى المسألة الحادية عشرة من قاعدة احترام عمل المسلم: أنه يستحق اجرة المثل. فانتظر.

(٢) يظهر من هذا التعبير: أن التوزيع فى المسألة السابقة كان من جهة أن الأجرة مبذولة فى مقابل العمل المركب من الأجزاء، الملحوظة على نحو الجميع لا المجموع. و ليس كذلك، فإن الأجزاء ملحوظة فيه على نحو المجموع أيضاً. و لو كانت ملحوظة على نحو الجميع، للزمت الأجرة لكل واحد من الاجزاء، فإنه الفارق بين العام الجمعى و المجموعى.

و إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع فى الأثناء عن الإتمام، فالوجه فى عدم تبعيض الاجزاء: أن أجزاء الصلاة فى ظرف عدم

الفسخ، فان فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، و إن كان بعده استحق أجرة المثل (١)، و إن كان فى أثنائه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، فلا يستحق شيئاً (٢). و إن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه- كما فى الصلاة بناء على حرمة قطعها، و الحج بناء على

انضمام بعضها الى بعض لا تقبل المعاوضة، لعدم ترتب أثر عليها حتى عند غير المتعاقدين، فلا تكون لها مالية، فتوزيع الأجرة عليها فى حال الانفراد يوجب أكل المال بالباطل. و إن لم يكن فرق بينها و بين أجزاء السير فى المثال، فإنه إذا استأجره ليصوم من أول النهار إلى آخره فهو كما إذا استأجره ليسافر من البلد الفلانى إلى البلد الآخر فى كيفية ملاحظة الاجزاء، و أنها فى الجميع ملحوظة على نحو المجموع لا الجميع، و إنما الفرق بينهما: أن اجزاء الصوم ليست موضوعاً لغرض عقلائى فى حال انفراد بعضها عن بعض، بخلاف أجزاء السير، فقد تكون موضوعاً للغرض، و تصح الإجارة عليها فى حال الانفراد عن الباقى.

و من ذلك يظهر: أن أحكام تبعض الصفقة إنما تجرى إذا كانت الأبعاض موضوعاً للغرض و المالية عند العقلاء فى حال الانفراد عن الباقى.

أما إذا لم تكن موضوعاً للغرض، فلا تبعيض فى العقد و لا فى العوض.

(١) لأن العمل وقع على نحو الضمان، فاذا بطل ضمانه بالمسمى تعين ضمانه بأجرة المثل. و الظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه و لا خلاف، فان الضمان هنا أولى من الضمان مع فساد العقد بقاعدة: (ما يضمن.)

(٢) الكلام فيه كما سبق.

وجوب إتمامه- فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا؟ وجهان أوجههما: الأول (١). هذا إذا كان الخيار فورياً كما فى خيار الغبن إن ظهر كونه مغبوناً فى أثناء العمل، و قلنا إن الإتمام منافٍ للفورية، و إلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام. و كذا

---

(١) كأن وجهه: أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلًا، فالإجارة تكون على الحدوث لا على الحدوث و البقاء، فيستحق الأجرة بمجرد الحدوث.

لكن لازم ذلك ثبوت الأجرة و إن لم يتم العمل، و هو كما ترى.

و بالجملة: إذا جوزنا وقوع الإجارة على الواجب، و استحقاق الأجرة بفعله، فلا مانع من أن تكون الإجارة فى مثل الفرض على الحدوث و البقاء. فاذا فسخ فى الأثناء كان الإتمام واجباً عليه تكليفاً، غير مستحق عليه بالإجارة، فإن أتم فقد أدى الواجب، و إن قطع عصى، و ليس لأحد حق عليه. مع أن الامتناع العقلى إذا كان بالاختيار لم يكن منافياً للاختيار، و لا مانعاً من وقوع الإجارة عليه. و من ذلك يظهر لك الوجه الثانى.

و قد یتوهم: أن الوجوب کان بتسبیب المستأجر، فیکون التدارک علیه. و فیه أن التسبیب غیر مختص به، بل کان من کل من المؤجر و المستأجر. مع أن مثل هذا التسبیب لا یقتضی الضمان، لعدم الدلیل علیه بعد أن لم یکن موجباً لنسبة الضرر الیه عرفا. بل الأولی نسبته إلی الأجیر نفسه، لأنه هو الفاسخ الذی فوت علی نفسه الأجرة المسماة.

و مثله توهم: أنه کان بتغریر من المستأجر، فیرجع إلیه بقاعدة الغرور. إذ فیه: أنه لاـ تغریر من المستأجر بعد أن کان العقد مشترکاً بینهما. و الوقوع فی المحذور إنما کان من فسخ الأجیر نفسه، بل هذا التوهم موهون جداً.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۰

الحال إذا کان الخیار للمستأجر (۱)، إلا أنه إذا کان المستأجر علیه المجموع من حیث المجموع، و کان فی أثناء العمل.

یمکن أن یقال: إن الأجیر یستحق بمقدار ما عمل من أجرة

---

(۱) یعنی: تجری الأحکام السابقة من عدم لزوم شیء علی أحدهما إذا کان الفسخ قبل العمل، و لزوم المسمی أو أجرة المثل للأجیر إذا کان الفسخ بعد العمل، و التبعیض فی المسمی أو اجرة المثل إذا کان الفسخ فی أثناء العمل، إلا فیما إذا کان العمل مما یجب إتمامه فیجب تمام المسمی.

هذا، و الحکم فی هذه الصورة باستحقاق الأجیر لتمام الأجرة مع الفسخ فی الأثناء أهون منه فی الصورة السابقة، لأن الضرر یستند إلی فسخ المستأجر، فیمکن توهم استناد الضرر الیه الموجب للرجوع علیه.

و إن کان أیضاً یشکل: بأن الخیار إن کان مجعولًا فهو بقبول الأجیر و اختیاره، فإقدامه علیه إقدام منه علی لوازمه، و إن کان من قبل الشارع فالضرر یستند إلیه، لأن المستأجر إنما عمل بحقه المجعول له شرعاً، و لیس علیه أن لا یأخذ بحقه، لئلا یقع الأجیر بالضرر.

إلاـ أن یقال: إن الحق الخیاری إذا جعله الشارع دفعاً للضرر الوارد علیه، یمتنع أن یثبت فی حال لزوم الضرر علی الأجیر. و بالجملة: بعد ما کان المستأجر مقدماً علی بذل الأجرة فی مقام العمل من دون خیار، فلزوم الضرر المثبت لخیاره معارض بلزوم الضرر الوارد علی الأجیر بالفسخ، و معه لا مجال لتقدیم ضرره، فلا خیار له فی الفسخ. و هذا غیر بعید.

و علی هذا فاللازم التفصیل فی المقام بین صورة أن یکون الفاسخ المستأجر. و یکون الخیار شرعیاً، و بین غیرها من الصور، فیستحق الأجیر فی الأول تمام الأجرة، و لا یستحق فی غیرها شیئاً. فتأمل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۱

المثل لاحترام عمل المسلم (۱)، خصوصاً إذا لم یکن الخیار من باب الشرط (۲).

[(الثانیة عشرة): یجوز اشتراط کون نفقة المستأجر علی الأجیر أو المؤجر، بشرط التعیین]

(الثانیة عشرة): کما یجوز اشتراط کون نفقة الدابة المستأجرة و العبد و الأجیر المستأجرین للخدمة أو غیرها علی المستأجر، إذا کانت معینة بحسب العادة، أو عیناها علی وجه یرتفع الغرر، کذلک یجوز اشتراط کون نفقة المستأجر علی

---

(۱) لا مجال لتطبیق هذه القاعدة فی المقام بناء علی ما عرفت من أن المراد من کون المستأجر علیه المجموع من حیث المجموع: أن کل واحد من الأجزاء علی الانفراد مما لا قیمة له، لأنه یکون أخذ أجرة المثل لما یقابل بعض العمل أکلا للمال بالباطل. و إن شئت قلت: قاعدة الاحترام لا مجال لها، إذا کان العمل لا قیمة له و لا مالیة، فان الاحترام یختص بماله قیمة و مالیة. و کذا بناء علی الاحتمال الثانی أعنی: کون الاجزاء ملحوظة علی نحو وحدة المطلوب و إن کان لکل واحد منها مالیة، إذ کما أن عمل المسلم محترم کذلک مال المستأجر، فإنه مسلم و ماله محترم لا یجوز أخذه بلا عوض عائد إلیه، لأن المفروض أن البعض علی الانفراد لم یقصد المستأجر

المعاوضة علیه، کی یؤخذ منه عوضه. فأخذ العوض منه مع ذلک کان خلاف احترام ماله، کما إذا استأجره لیخیط ثوبه فصبغه اشتباهاً منه، فإنه لا یستحق علیه أجرة کما سبق. نعم إذا أتم الأجیر العمل تبرعاً منه بعد الفسخ فی الأثناء، کان تبعیض الأجرة فی محله، لکون البعض حینئذ له مالیة فی ضمن الکل، کما أنه بعض المطلوب و مقابل ببعض الأجرة. و علی هذا کان اللازم تقیید العبارة بذلک، و إلا توجه علیها الإشکال.

(٢) لأنه إذا کان من باب الشرط یکون العامل قد أقدم علی ضیاع

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ٢١٢

الأجیر أو المؤجر، بشرط التعیین أو التعین الرافعین للغرر.

فما هو المتعارف من إجارة الدابة للحج و اشتراط کون تمام النفقة و مصارف الطریق و نحوهما علی المؤجر. لا مانع منه، إذا عینوها علی وجه رافع للغرر (١).

[(الثالثة عشرة): إذا آجر داره أو دابته من زید إجارة صحیحة بلا خیار له، ثمَّ آجرها من عمرو]

(الثالثة عشرة): إذا آجر داره أو دابته من زید إجارة صحیحة بلا خیار له، ثمَّ آجرها من عمرو کانت الثانیة فضولیة موقوفة علی إجازة زید، فإن أجاز صحت له و یملک هو الأجرة فیطلبها من عمرو (٢)، و لا یصح له إجازتها علی

عمله علی تقدیر الفسخ فی الأثناء، و لا یتأتی ذلک لو کان الخیار شرعیاً، لأنه لم یکن بجعله و قبوله، فلا مجال لتوهم الاقدام حتی لو کان عالما، لأن العلم به لا یستلزم العلم بالأعمال و الفسخ، فیمکن أن یکون إقدامه علی العقد برجاء عدم الاعمال. و لا یتأتی ذلک فی صورة جعل الخیار، لأن القبول الصادر من الأجیر یعد عرفاً إقداماً علی الفسخ فی الأثناء و علی لوازمه.

(١) لکن الإشکال فی إمکان ذلک فیما یتعارف، لاختلاف الأحوال و الأطوار السفریة، الموجب لاختلاف النفقات کماً و کیفاً و مدة.

(٢) یعنی: صحت الإجارة الثانیة لزید، لأن المنفعة له فیملک عوضها و هو الأجرة. هذا إذا کانت الإجارة الثانیة واقعة علی المنفعة المقصودة بالإجارة الاولی. أما إذا کانت واقعة علی غیرها، فالإجارة الثانیة لا تصح بإجازة زید، لأن المنفعة غیر مملوکة له، و لا تصح بإیقاع المؤجر المالک للعین، لأنها أیضاً غیر مملوکة له، علی ما عرفت من عدم ملک المنافع المتضادة. و لا یجدی فسخ الإجارة الأولی بعد ذلک فی الصحة،

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ٢١٣

أن تکون الأجرة للمؤجر، و إن فسخ الإجارة الأولی بعدها لأنه لم یکن مالکا للمنفعة حین العقد الثانی (١).

لما ذکر فی المتن من أنه من قبیل من باع شیئاً ثمَّ ملکه. نعم بناء علی أن المنافع المتضادة مملوکة لمالک العین، و أن بطلان الإجارة الثانیة من جهة أنها منافیة لحق المستأجر الأول فإذا أجاز صحت، و تکون الأجرة الثانیة للمالک، لأنها عوض منفعته، کما أن الأجرة الأولی له أیضاً.

و المتحصل: ان الإجارة الثانیة: تارة: تکون بلحاظ منفعة الإجارة الأولی، و أخری: تکون بلحاظ غیرها. فعلی الأول: تصح الإجارة الثانیة بإجازة المستأجر الأول، و تکون الأجرة له، و إذا لم یجز بطلت.

و علی الثانی: تبطل الإجارة الثانیة مطلقاً، لأنها بلحاظ منفعة غیر مملوکة، إذا قلنا بأن المنافع المتضادة غیر مملوکة، و تصح بإجازة المستأجر إن قلنا إنها مملوکة، و تکون الأجرة فی الاجارتین معاً ملک المؤجر المالک للعین، لکون المنفعتین المعوضتین ملکاً له. و إذا ردها المستأجر بطلت، لمنافاتها لحقه:

(۱) هـذا إشارة الی أن قوام المعاوضـة التی یتضـمنها عقد الإجارة و غیره من عقود المعاوضات دخول العوض فی ملک من خرج عن ملکه المعوض، و أن اعتبـار العوضـیة إنما یصـح بلحاظ ذلک. و لو کان العوض یـدخل فی ملک غیر من خرج عن ملکه المعوض لم یکن عوضا عنه، و لم یکن المعوض عنه معوضاً. و الظاهر أن هذا مما لا إشکال فیه. و إنما الإشکال فی لزوم ذلک من الطرفین. یعنی: یجب أن یـدخل المعوض عنه فی ملک من خرج من ملکه العوض، کما لزم أن یدخل العوض فی ملک من خرج عن ملکه المعوض عنه، أو لا یجب ذلک؟ فاذا قال زید لعمرو:

خذ هذا الدرهم و اشتر لک به ثوبا، لم یصح حتی یتملک عمرو الدرهم، فاذا لم یتملکه و بقی علی ملک زید، فاشتری به ثوباً لنفسه لم یصح الشراء

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۴

.....

لنفسه، لأـن الـدرهم و إن صـار عوضـاً عن الثوب، لکن الثوب لم یصـر عوضاً عن الـدرهم، لأن الـدرهم خرج عن ملک زیـد و دخل الثوب فی ملک عمرو، فلم یقم الثوب مقامه، و لم یصر فی مکانه.

و المنسوب الی المشهور: لزوم ذلک، بل فی مکاسب شیخنا (ره):

أنه ادعی بعضهم فی مسألة قبض المبیع عدم الخلاف فی بطلان قول مالک الثمن: اشتر لنفسک به طعاماً. (انتهی). کما أنه (ره) حکی عن العلامة التصریح فی غیر موضع من کتبه، تارة: بأنه لا یتصور، و أخری:

بأنه لا یعقل أن یشتری الإنسان لنفسه بمال غیره شیئاً. (انتهی). و قـد ذکروا الاسـتدلال علیه: بأن المعاوضـة متقومـة بـذلک، إذ مفهوم المعاوضة راجع إلی جعل کل من العوضـین عوضاً عن الآخر. و یشکل: بأن صیغة المعاوضة لا تقتضی الاشتراک علی النحو المذکور، کما یظهر ذلک من ملاحظـة موارد استعمال صـیغة المفاعلـة فی مواردها المتفرقة، مثل: شایعت زیداً، و سافرت، و طالعت الکتاب، و أمثال ذلک من الموارد الکثیرة، کما أشـرنا إلی ذلک أیضاً فی بعض مباحث الطهارة من هـذا الشـرح، فان ملاحظـة موارد الاسـتعمال للصـیغة، تشـرف علی القطع ببطلان اعتبار المشارکـة من الطرفین. و یشـهد بـذلک: أنک إذا قلت: بعت الکتاب بـدینار، اعتبر الکتاب معوضا عنه و الـدینار عوضاً، بقرینـة دخول باء العوض علیه، و لا یصـح اعتبار العکس- أعنی: اعتبار أن یکون الکتاب عوضاً و الدینار معوضاً عنه- و إنما یصح ذلک لو قیل: بعت الدینار بالکتاب، و فی مثله لا یصح اعتبار الکتاب معوضاً عنه و الدینار عوضاً.

و بالجملـة: المفهوم من قول القائـل: بعت الکتـاب بالـدینار، غیر المفهوم من قوله: بعت الـدینار بالکتاب، فان مفهوم الأول أن الـدینار عوض عن الکتاب، و مفهوم الثانی أن الکتاب عوض عن الدینار. فالعوض

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۵

.....

یجب أن یقوم مقام المعوض، لکن المعوض عنه لا یجب أن یقوم مقام العوض.

و لأجل ذلک ذکر بعضهم: أنه لا دلیل علی اشتراط کون أحد العوضین ملکاً للعاقد فی انتقال بدله الیه، بل یکفی أن یکون مأذوناً فی بیعه لنفسه أو الشـراء به. (انتهی): و المصـنف (ره) فی حاشـیته علی مکاسب شـیخنا الأعظم (قـده) جعله ممکناً، و أن اعتبار البدلیة قد یکون بملاحظـة تبدیل ملکیة هذا بملکیة ذلک، و قد یکون بملاحظة إخراجه عن ملکه من دون تبدیل الملکیة، و قد یکون بملاحظة إتلافه. (انتهی).

و فیه: أن المعاوضـة و إن کانت تختلف بالملاحظات المذکورة، لکن المعاوضة بین الأعیان التی هی قوام البیع إنما هی بلحاظ البدلیة

فی المملوک، لا- فی الملکیهٔ و لا- فی غیرها مما ذکر. فالملکیهٔ القائمهٔ بین المالک و المملوک المتقومهٔ بهما، إن کان فیها تبدیل المملوک کانت بیعا، و إن کان فیها تبدیل المالک کانت میراثاً، و ان کان فیها تبدیل الملکیهٔ کانت هبهٔ معوضهٔ، فلا بد فی البیع من تحقق تبدیل المملوک، فیکون الثمن عوضاً عن المثمن فی قیامه مقام المثمن فی تقویم الإضافهٔ الخاصهٔ القائمهٔ بالطرفین، و لذا لا تأمل فی کون الثمن عند المتبایعین عوضاً عن المبیع. فالمعاوضهٔ فی البیع بین العینین، لا- بین الملکیتین، و لا- بین غیرهما مما ذکره (قده).

و إنما التأمل: فی أن المبیع أیضاً عندهم عوض عن الثمن فی البیع، و المنفعهٔ عوض عن الأجرهٔ فی الإجارهٔ، فتکون العوضیهٔ من الطرفین، أولا- بل العوضیهٔ من طرف واحد، و قد عرفت: أن مفاد البیع و الإجارهٔ عوضیهٔ الثمن و الأجرهٔ عن المبیع و المنفعهٔ، و أما عوضیهٔ المبیع و المنفعهٔ عن الثمن و الأجرهٔ فغیر ظاهرهٔ. و إنکار المصنف (ره) الأمرین معاً تبعاً لبعض- کما عرفت- غریب.

بل الإنصاف یقتضی البناء علی الأمرین معاً، و إن کانت دلالهٔ الکلام

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۶

و ملکیته لها حال الفسخ لا تنفع إلا إذا جدد الصیغهٔ. و إلا فهو من قبیل من باع شیئاً ثمَّ ملک (۱) و لو زادت مدهٔ الثانیهٔ

علی الأول بالمطابقهٔ و علی الثانی بالالتزام. فالمفهوم من قول القائل:

بعت الکتاب بدینار، هو المفهوم من قوله: بعت الدینار بالکتاب، و إنما یختلفان فی المدلول المطابقی، فإن الإیجاب الأول یدل بالمطابقهٔ علی عوضیهٔ الدینار عن الکتاب، و بالالتزام علی عوضیهٔ الکتاب عن الدینار.

و الإیجاب الثانی یدل بعکس ذلک، فیدل علی عوضیهٔ الکتاب عن الدینار بالمطابقهٔ، و علی عوضیهٔ الدینار عن الکتاب بالالتزام. فالمدلول لأحدهما مدلول للآخر من دون زیادهٔ و لا- نقصان، و إنما الاختلاف بینهما فی أن المدلول المطابقی لأحدهما مدلول التزامی للآخر. و لذلک اختلفا عرفاً، فلا اختلاف بینهما فی ذات المدلول و لا فی کمیهٔ المدلول، و إنما الاختلاف بینهما فی کیفیهٔ الدلالهٔ علیه. فان کان المطلوب الذی یسعی نحو تحصیله هو الکتاب، قیل: بعتک الکتاب بدینار مثلًا. و إن کان المطلوب هو الدینار، قیل: بعتک الدینار بالکتاب، و إلا فقد لوحظ کل منهما عوضاً عن الآخر و معوضاً عنه. و مفهوم المعاوضهٔ و إن لم یدل علی تکرر النسبهٔ، لکن المقصود منه ذلک عرفاً. و مرتکزات العرف فی مضامین العقود المعاوضیهٔ شاهد بذلک. و ما فی بعض الکلمات من خلاف ذلک تمحل، قضت ارتکابه ضرورهٔ فی دفع إشکال أو توجیه إشکال. و اللّه سبحانه ولی التوفیق و السداد.

(۱) فان المشهور عدم صحهٔ العقد الواقع بإجازهٔ المالک حین الإجازهٔ، لأمور مذکورهٔ فی محلها. ذکرها شیخنا الأعظم فی مکاسبه، و ذکرناها جریاً علی منهاجه فی: «نهج الفقاههٔ». و العمدهٔ فیه أمران: النصوص الناهیهٔ عن بیع ما لیس عنده. و أن خصوصیهٔ الإضافهٔ إلی المالک من الخصوصیات المقومهٔ للمعاوضهٔ، فالإجازهٔ من المشتری إن کانت قد لوحظ

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۱۷

عن الأولی لا یبعد لزومها علی المؤجر فی تلک الزیادهٔ، و أن یکون لزید إمضاؤها بالنسبهٔ إلی مقدار مدهٔ الأولی.

[(الرابعهٔ عشرهٔ): إذا استأجر عیناً ثمَّ تملکها قبل انقضاء مدهٔ الإجارهٔ]

(الرابعهٔ عشرهٔ): إذا استأجر عیناً ثمَّ تملکها قبل انقضاء مدهٔ الإجارهٔ، بقیت الإجارهٔ علی حالها، فلو باعها و الحال هذه لم یملکها المشتری إلا مسلوبهٔ المنفعهٔ فی تلک المدهٔ (۱)، فالمنفعهٔ تکون له و لا تتبع العین. نعم للمشتری خیار الفسخ إذا لم یکن عالما بالحال.

و کذا الحال إذا تملک المنفعهٔ بغیر الإجارهٔ فی مدهٔ ثمَّ تملک العین، کما إذا تملکها بالوصیهٔ أو بالصلح أو نحو ذلک، فهی تابعهٔ للعین إذا لم تکن

فيها خصوصيئة الإضافئة إلى المالك حين العقد، فذلك خلاف قاعدئة السلطنة فى حق المالك المذكور، مع أنه ليس من محل الكلام، و إن لوحظ فيها خصوصيئة الإضافئة إلى نفسه، فتلك ليست إجازئة للعقد. فراجع «نهج الفقاهئة» فى مبحث الفضولى. لكن النصوص مختصئة بالبيع، فلا تشمل الإجارئة و غيرها من عقود المعاوضئة. فالعمدئة فيها هو الأمر الثانى، فإنه مطرد فى الجميع على نحو واحد. بل العمدئة فى البيع أيضاً هو الأمر الثانى، لأن النصوص لا تخلو من إشكال، من جهئة المعارضئة، أو من جهئة العموم و الخصوص. فراجع.

(١) لأن المنفعئة فى تلك المدئة لم تكن مملوكئة للبائع بالتبعيئة، و إنما كانت مملوكئة له بسبب آخر، إذ البيع لا يبطل الإجارئة، و مقتضاها أن تكون المنفعئة مملوكئة للمستأجر بالإجارئة فى مقابل الأجرئة، و المشترى إنما يقوم مقام البائع فيحتاج ملكيته لها الى سبب آخر أيضا. و بالجملئة:

لا دليل على التبعيئة فى المقام.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢١٨

.....

اللهم إلاـ أن يقال: التبعيئة انما كانت سبباً للملك، عملا بالارتكاز العرفى و لا فرق فى ذلك بين المقام و غيره. توضيح ذلك: أنه لا إشكال فى أن التبعيئة تقتضى ملكيئة التابع، فيملكه مالك المتبوع، سواء كان التابع من الأعيان الخارجيئة، كالثمرئة للشجرئة و البيضئة للدجاجئة، و الحمل للدابئة، أم من الأفعال، كالمنافع المستوفائة من العين ذات المنفعئة، أم من الصفات الخارجيئة، كالقصارئة الحاصلئة بعمل القصار، و النساجئة الحاصلئة بعمل النساج، و هيئئة السرير الحاصلئة من عمل النجار، أم من الاعتبارات المحضئة، مثل المنافع غير المستوفائة للعين ذات المنفعئة، فإنها حينئذ تكون من الاعتبارات المملوكئة لمالك العين. و لذلك يصح القول بكونها مضمونئة، إذ لو لا أنها مملوكئة لم يكن معنى لضمانها، فان الضمان لا يصح اعتباره إلا مع وجود مضمون له يكون مالكا للمضمون. نعم المنافع المستوفائة من قبيل الموجودات الخارجيئة كما عرفت. فالتابع فى جميع الموارد المذكورئة مملوك لمالك المتبوع، و الموجب للملكيئة المذكورئة هو التبعيئة، حسبما يقتضيه بناء العرف و المتشرعئة عليه. و يشترط فى تأثير التبعيئة المذكورئة فى الملك أن لا يكون مقتض على خلافها، فلو آجر داره على زيد فملك زيد منفعتها، ثمَّ باع الدار على عمرو، لم يملك المنافع عمرو بالتبعيئة، لأن ذلك خلاف مقتضى عقد الإجارئة.

و قد ذكر المصنف (ره) هنا شرطاً آخر، و هو: أن يكون من انتقل عنه التابع مملوكاً له بالتبعيئة، فلو لم يكن كذلك لم يستوجب التبعيئة فى الملك، و لذلك التزم: بأن المشترى الثانى فى فرض المسألئة لم يملك المنافع بالتبعيئة، لأن البائع لم يملكها بالتبعيئة. و لا بد أن يلتزم بذلك فى مثل ما إذا اشترى ثمر الشجر، ثمَّ اشترى الشجر، فاذا باعه على آخر لم يملك الآخر الثمر المتولد بعد البيع بالتبعيئة، بل يبقى على ملك البائع. هذا

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢١٩

مفروزئة. و مجرد كونها لمالك العين لا ينفع فى الانتقال إلى المشترى، نعم لا يبعد تبعيتها للعين إذا كان قاصداً لذلك حين البيع (١).

[(الخامسئة عشرئة): إذا استأجر أرضاً للزراعئة مثلا]

(الخامسئة عشرئة): إذا استأجر أرضاً للزراعئة مثلا، فحصلت آفئة سماويئة أو أرضيئة توجب نقص الحاصل لم تبطل (٢) و لا يوجب ذلك نقصا فى مال الإجارئة (٣)، و لا خياراً للمستأجر (۴). نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص، بحسب تعيين أهل الخبرئة، ثلثاً أو ربعاً أو

و لأجل أن المرجع فی اقتضاء التبعیة للملک بناء العرف و المتشرعة علیه، و أن الظاهر بناؤهم علی عدم اعتبار الشرط المذکور، فالبناء علی عدم اعتباره متعین.

(۱) إذا کان المراد من القصد المذکور: أنه قاصد للتملیک إنشاء، فیکون قاصداً لتملیک المنفعة و العین معاً، فهو فی محله، کما لو قصد تملیک شیء مع المبیع، و إذا کان المراد: أنه قاصد للتبعیة، فهو غیر ظاهر، لأن قصد التبعیة لا یوجب الملک بالتبعیة، إذا لم تکن مقتضیة لذلک.

(۲) لعدم المقتضی لذلک، بعد أن کانت العین ذات منفعة یصح بذل المال بإزائها.

(۳) إذ لا تبعیض فی المنفعة.

(۴) إذ لا نقص فی صفة العین یوجب نقصاً فی صفة المنفعة، إذ المفروض کون النقص الحاصل لأمر خارج عن العین، و لیس عدمه مبنیاً علیه العقد لیوجب الخیار، فهو نظیر ما لو استأجر داراً لیسکنها، فسکنها، فحدث حادث موجب للقلق أو الارق، فتنغص عیشه فیها.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۰

نحو ذلک، أو أن یهبه ذلک المقدار إذا کان مال الإجارة عیناً شخصیة، فالظاهر الصحة (۱). بل الظاهر صحة اشتراط البراءة علی التقدیر المذکور بنحو شرط النتیجة (۲). و لا

---

(۱) لاغتفار الجهالة فی الشرط إذا کان تابعاً.

(۲) هذا من قبیل شرط النتیجة، الذی قد عرفت الإشکال فی صحته فی أول فصل: (أن العین المستأجرة أمانة)، فراجع. و قد ذکرنا هناک: أن البناء علی أن الشرط ملک للمشروط له- کما هو کذلک فی شرط الفعل- یمنع من صحة النتیجة، لأن النتائج التی هی مضامین العقود و الإیقاع لا تصلح أن تکون موضوعاً لإضافة الملکیة إذا لم تکن فی عهدة المشروط علیه، کما هو مقتضی کونها شرط نتیجة فی مقابل شرط الفعل. فالملکیة مثلًا: تارة: تشترط فی ضمن العقد علی أن تکون فی عهدة المشروط علیه، فیجب علیه تحصیلها فتکون حینئذ من قبیل شرط الفعل. و تارة: تشترط لا علی أن تکون فی عهدة متعهد بها، و هی بهذه الملاحظة مما لا تقبل أن تکون موضوعاً لإضافة المملوکیة:

مضافاً إلی أن جعلها مملوکة للمشروط له و جعل ملکیتها له، لا یوجب حصولها، فلا یترتب علی الشرط المذکور أثر حصولها. و لأجل ذلک یلزم البناء علی بطلان شرط النتیجة علی نسق شرط الفعل، بحیث یکون من تملیک النتیجة للمشروط له.

نعم لا مانع من أن یکون المقصود إنشاءها علی حد إنشاء مضمون العقد منضما الیه، فیکون المنشأ أمرین: مضمون العقد، و نفس النتیجة.

فتترتب النتیجة بمجرد الشرط، إذا لم یعتبر فی إنشائها سبب خاص.

و علی ذلک یحمل ما ورد فی کلماتهم من صحة شرط سقوط الخیار فی ضمن العقد، و کذلک شرط الضمان فی العاریة، و نحو ذلک. و منه المقام،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۱

یضر التعلیق، لمنع کونه مضراً فی الشروط (۱). نعم لو شرط براءته علی التقدیر المذکور حین العقد، بأن یکون ظهور النقص کاشفاً عن البراءة من الأول، فالظاهر عدم صحته، لأوله إلی الجهل بمقدار مال الإجارة حین العقد (۲).

[(السادسة عشرة): یجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعمیرها و اعمال عمل فیها]

(السادسة عشرة): یجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعمیرها و اعمال عمل فیها، من کری الأنهار، و تنقیة الآبار و غرس الأشجار، و نحو ذلک. و علیه یحمل

قوله (ع): «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرین سنة أو أقل أو أکثر، فیعمرها

أعنی: شرط براءة الذمة من مقدار من الأجرة إذا کانت الأجرة ذمیة لا عیناً خارجیة. و یشهد بذلک ما ورد فیمن تطبب أو تبیطر و أنه ضامن إلا أن یأخذ البراءة

«۱»، فإن الظاهر منه اشتراط البراءة من الضمان علی نحو شرط النتیجة.

(۱) و إن قال شیخنا الأعظم (ره): إنه قد یتوهم ذلک، بناء علی أن التعلیق فی الشرط یسری إلی العقد، لرجوع الشرط إلی جزء من أحد العوضین. و فیه: منع ذلک، کما هو ظاهر، نعم بناء علی ما ذکره بعض فی وجه مانعیة التعلیق فی العقود و الإیقاعات من منافاة التعلیق للإنشاء، عموم المانعیة، و لا وجه للتفکیک بین الشرط و غیره فی ذلک. و إن کان التحقیق أن الوجه فی المانعیة: الإجماع المحقق المعول علیه عندهم، لا ما ذکر.

و لذلک جاز عندهم التعلیق مع الإنشاء فی الوصیة التملیکیة، و النذر المعلق، و التدبیر. فراجع.

(۲) هذا إذا کان المراد من البراءة عدم اشتغال الذمة به. أما إذا کان المراد السقوط عن الذمة بعد الاشتغال به فلا یلزم المحذور.

---

(۱) الوسائل باب: ۲۴ من أبواب موجبات الضمان حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۲

و یؤدی ما خرج علیها» (۱)

و نحو غیره.

---

(۱) هذا مذکور

فی مصحح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) «قال: إن القبالة أن تأتی الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرین سنة أو أقل من ذلک أو أکثر، فتعمرها و تؤدی ما خرج علیها، فلا بأس به» «۱».

و

صحیحه الآخر عن أبی عبد اللّه (ع): «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرین سنة أو أقل أو أکثر، فیعمرها، و یؤدی خراجها. و لا یدخل العلوج فی شیء من القبالة، لأنه لا یحل» «۲».

و

صحیح یعقوب بن شعیب عن أبی عبد اللّه (ع)- فی حدیث قال: «و سألته عن الرجل یعطی الأرض الخربة و یقول: اعمرها، و هی لک ثلاث سنین أو خمس سنین أو ما شاء اللّه. قال: لا بأس» «۳».

و نحوها غیرها.

و المحتمل فیها أمور: (الأول): ما ذکره المصنف (ره)، من أن المراد من القبالة الإجارة، و یکون العمل هو الأجرة، فتکون من إجارة العین.

(الثانی): أن المراد بها الإجارة علی العمل، فتکون الأجرة منفعة الأرض، و المستأجر العامل، و المستأجر علیه هو العمل من التعمیر و غیره.

(الثالث): أن تكون من الجعالة على العمل، و الجعل هو المنفعة، و يحتمل- كما قيل- أن تكون الأجرة شيئاً معلوماً، و يكون ذلك الشيء أجره للعمل، فتكون اجارتان، إجارة الأرض، إجارة الأجير العامل.

(الرابع): أن تكون معاملة مستقلة، نظير المصالحة، مفادها تمليك المنفعة للعامل و تمليك مالك الأرض للعمل، بلا معاوضة بين المنفعة و العمل.

و لعل الأخير هو الأقرب.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المزارعة حديث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۹۳ من أبواب ما يكتسب به حديث: ۳.

(۳) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب المزارعة حديث: ۱.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۲۳

[(السابعة عشرة): لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة]

(السابعة عشرة): لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة و إن كانت من الواجبات الكفائية، لأنها كسائر الصنائع واجبة بالعرض (۱) لانتظام معائش العباد. بل يجوز و إن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره. و يجوز اشتراط كون الدواء عليه

---

(۱) الظاهر: أنه تعليل لكونها من الواجبات الكفائية، لا لجواز أخذ الأجرة. نعم في النسخ التي رأيتها بدل قوله: «واجبة بالعرض»: «واجبة بالعوض»، فيكون تعليلًا لجواز أخذ الأجرة. يعني: إنما جاز أخذ الأجرة عليها لأنها واجبة بالعوض لا مجاناً، فقد أخذ في موضوع الوجوب العوض. لكن الظاهر أنه غلط، لأنها واجبة بالعوض و بغير عوض، و إلا لما كان فعلها مجاناً أداء للواجب.

ثمَّ إنك عرفت في مواضع من هذا الشرح التعرض لجواز أخذ الأجرة على الواجبات و عدمه، و أنه لم يقم دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب، و أن وجوب الشيء لا يمنع من أخذ الأجرة عليه. فالعمدة في عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات في بعض المقامات عينية و كفائية:

هو الإجماع و لولاه لكان القول بجوازه في محله.

و يشهد لذلك جواز أخذ الأجرة على الواجبات الكفائية، التي يتوقف عليها النظام، إذ الوجوب لو كان مانعاً لم يفرق في منعه بين العيني و الكفائي. و ما في بعض الحواشي من الفرق بين الواجبات العينية و الكفائية بأن الوجوب في الواجبات الكفائية عبارة عن الإلزام بعدم حبسها عمن يحتاج إليها، فلا يكون مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه، و يجوز أخذ الأجرة عليه. غير ظاهر، إذ الحبس ترك العمل، فعدم الحبس هو العمل. و لو أراد من الحبس معنى وجودياً، فعدمه ليس مقدمة للنظام، بل المقدمة هو العمل ضرورة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۲۴

مع التعيين الرافع للغرر (۱). و يجوز- أيضاً- مقاطعته على المعالجة (۲) إلى مدة أو مطلقا (۳)، بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء، أو بشرطه إذا كان مظنوناً (۴)، بل مطلقا (۵).

و ما قيل من عدم جواز ذلك، لأن البرء بيد اللّه فليس اختياريا

---

(۱) لعموم صحة الشرط كشرط كون الخيوط على الخياط، و الحبر على الكاتب. و في القواعد قال: «و الكحل على المريض. و يجوز اشتراطه على الكحال». و حكى التصريح به عن غيره. و قد يستشكل فيه: بأنه مناف للعقد، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة أصالة، و

لا تبعاً.

بـل قیـل: قـد یرجع الی بیع الکحـل بلفـظ الشـرط. و فیه: أنه لاـ دلیل علی المنع من تملیک العین بالشـرط فی الإجارة، و عموم صـحة الشـرط یقتضـی الصحة. مع أن الشرط المذکور لا یقتضی التملیک، و إنما یقتضی بذل الکحل مجاناً، فلا إشکال حینئذ. لکن قال فی القواعد بعد ذلک:

«و لو اشترط الدواء علی الطبیب فالأقرب الجواز». و الفرق بین المسألتین غیر ظاهر، کما اعترف به بعض.

(۲) یرید بها المداواة و استعمال الأدویة لمکافحة المرض.

(۳) لکن مع عدم التقیید بالمدة و ترددها بین القلیل و الکثیر یلزم الغرر. اللهم إلا أن یکون المرض متعیناً بنحو خاص، فیستأجر الطبیب علی مـداواته، فیکون تعینه کافیـاً فی رفع الغرر مثـل الصـداع و نحوه، نظیر خیاطـة الثوب المردد زمانها بین القلیل و الکثیر، لکن تعین الثوب کافٍ فی رفع الغرر.

(۴) الفرق بینهمـا ظـاهر، إذ فی الأـول یکون البرء مقومـاً لموضوع الإجارة، و فی الثانی یکون غیر مقوم، بل وصـفاً فیه علی نحو تعـدد المطلوب.

(۵) یعنی: و إن لم یکن مظنوناً، لان المصحح للإجارة القدرة

له، و أن اللازم مع إرادة ذلک أن یکون بعنوان الجعالة لا الإجارة (۱)،

الواقعیـة، لا العلم بها أو الأعم منه و من الظن، بل تصـح الإجارة مع احتمال القـدرة، فإذا تبین عـدم المقدرة انکشف البطلان. اللهم إلا أن یحصل الغرر مع عدم الظن بالحصول، فتبطل لذلک، لا لعدم القدرة.

لکنه یتوقف علی عموم نفی الغرر للإجارة، و قد عرفت الاشکال فیه.

(۱) قال فی القواعد: «و لو جعل له علی البرء صح جعالة لا إجارة».

و فی جامع المقاصد: «أما عدم صـحته إجارة: فإن ذلک لیس من مقدور الکحال، و إنما هو من فعل اللّه سبحانه. و أما صـحته جعالة: فلأن السبب الی حصوله کاف فی استحقاق الجعل إذا حصل، و إن کان من فعل اللّه تعالی».

أقول: کونه من فعل اللّه تعالی کما یمنع من صـحة الإجارة علیه یمع من صـحة الجعالـة، لأن الجعالة إنما تکون علی فعل المجعول له، فإنه إذا قال مالک العبد: إذا رددت عبدی فلک درهم، فرده غیر المخاطب، لا یستحق المخاطب الجعل. و إن کان المراد من کونه من فعل اللّه سبحانه: أنه من فعله تعالی بنحو لا ینافی نسبة البرء إلی الکحال، فلا یمنع من صحة الإجارة علیه.

نعم الفرق بین الإجارة و الجعالـة: أن الإجارة تتضـمن تملیک المسـتأجر عمل الأجیر، و الجعالـة لا تتضـمن ذلک. و لأجل هـذا الفرق امتنع وقوع الإجارة علی غیر المقـدور، و جاز وقوع الجعالـة علیه، مع الاحتفاظ بصـحة النسبة إلی المجعول له، و عـدم القدرة لا ینافی صحة النسبـة، و إن کان ینافی صـحة التملک. و کأن مراد جامع المقاصد من قوله: «بفعل اللّه تعالی» معنی لا ینافی صـحة النسبة، و ان کان مانعا من القدرة، فیکون المراد من التعلیل أن البرء غیر مقدور للکحال، فلا تصح الإجارة علیه و ان

فیه: أنه یکفی کون مقدماته العادیة اختیاریة (۱).

صحت الجعالة علیه، لصحة نسبته الی المجعول له، کما أفاده فی المتن.

(۱) المـائز بیـن الفعـل الاختیـاری و غیره: أن الاختیـاری: مـا یکـون جمیـع مقـدماته اختیاریـاً، أو بعضــها اختیـاری و بعضـها غیره: أن

الاختیاری: مع کون غیر الاختیاری متحققا فی ظرفه. و غیر الاختیاری: ما یکون جمیع مقدماته غیر اختیاری، أو بعضها اختیاری و بعضها غیر اختیاری مع کون غیر الاختیاری غیر متحقق. مثلًا: نقل المتاع فی السفینة من بلد الی آخر، یتوقف علی وضع المتاع فی السفینة، و سحب السفینة فی الماء، و علی وجود الماء. و لا ریب أن وجود الماء غیر اختیاری، لکن لما کان الماء موجوداً، کان نقل المتاع اختیاریاً، و إذا اتفق غور الماء صار نقل المتاع غیر اختیاری.

فعلی هذا قد یکون البرء اختیاریاً، کما إذا کانت مقدماته غیر الاختیاریة متحققة، و قد یکون غیر اختیاری، کما إذا کانت مقدماته غیر الاختیاریة غیر متحققة، فإطلاق أن البرء غیر مقدور غیر ظاهر.

و فی حاشیة بعض الأعاظم علی المقام: «إنما یکفی اختیاریة المقدمات فی اختیاریة ذیها، إذا کان- کمخیطیة الثوب مثلًا- أثراً متولداً منها، و لم یتوسط فی البین مقدمة أخری غیر اختیاریة، و إلا کانت هی الأخیر من أجزاء علته و یستند الأثر إلیها، و یکون تابعا لها فی عدم المقدوریة، و لا یصح الالتزام به بالإجارة، أو الاشتراط، أو غیر ذلک، و ظاهر أن برء المریض و کذا سمن الدابة و نحوهما من ذلک ..». و الاشکال فیه یظهر مما ذکرنا، فان توسط بعض المقدمات غیر الاختیاریة إذا کانت متهیئة لا یقدح فی اختیاریة ذیها، کما عرفت. و لا فرق بین المخیطیة و بین برء المریض و سمن الدابة فی کونها اختیاریة، إذا کانت المقدمات غیر الاختیاریة متهیئة. نعم تختلف من حیث السرعة و البطء. مع أن برء المریض

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۷

و لا یضر التخلف فی بعض الأوقات (۱)، کیف و إلا لم یصح بعنوان الجعالة أیضاً (۲).

[(الثامنة عشرة): إذا استؤجر لختم القرآن لا یجب أن یقرأه مرتباً]

(الثامنة عشرة): إذا استؤجر لختم القرآن لا یجب أن یقرأه مرتباً (۳).

قد یکون مثل المخیطیة فی سرعة الحصول.

(۱) ظاهر العبارة: أن التخلف لا یضر فی اختیاریة الفعل، و قد عرفت أن التخلف لعدم تحقق بعض المقدمات غیر الاختیاریة یضر فی صدق الاختیار، فکأن المراد: أن التخلف فی بعض الأوقات لا یضر فی صدق الاختیار فی حال عدم التخلف.

(۲) قد عرفت أنه یکفی فی صحة الجعالة صحة النسبة و إن لم یکن الفعل اختیاریا. اللهم إلا أن یقال: یعتبر فی استحقاق الجعل تحقق الفعل بقصد الجری علی مقتضی الجعالة، و مع عدم الاختیار لا قصد و إن صحت النسبة، فلا یستحق الجعل. و لا یخلو من وجه، إذ لازم البناء علی استحقاق الجعل بمجرد صحة النسبة استحقاق الجعل و لو مع قصد التبرع، و هو بعید. فتأمل.

(۳) عملا بالإطلاق. و أما الانصراف الی الابتداء بالأول و الختم بالأخیر فبدوی. و لذلک یتعین البناء علی جواز قراءة آیات السورة من دون ترتیب. اللهم إلا أن یقال: قراءة القرآن تارة: یراد بها قراءة جنس القرآن، و أخری: یراد بها قراءة الفرد التام. فإن أرید الأول تمَّ ما فی المتن، و إن أرید الثانی فلا بد من الابتداء بالأول و الانتهاء بالأخیر، لأن الفرد له هیئة خاصة علی ترتیب خاص، فاذا قرئ علی غیر تلک الهیئة لم یؤت بقراءة الفرد الخاص. و أوضح منه قراءة السورة، فإنه لا یراد منها الجنس، بل المراد منها الآیات علی الهیئة الخاصة، فاذا قرئت علی غیر

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۸

بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس، بل یجوز أن یقرأ سورة فسوره علی خلاف الترتیب، بل یجوز عدم رعایة الترتیب فی آیات السورة أیضاً. و لهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآیة الکذائیة غلطاً أو نسی قراءتها یکفیه قراءتها فقط (۱) نعم لو اشترط علیه الترتیب وجب مراعاته. و لو علم إجمالًا بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآیات غلطاً، من حیث الأعراب، أو من حیث عدم أداء الحرف من مخرجه،

أو من حیث المادة، فلا یبعـد کفایته و عـدم وجوب الإعادة، لأن اللازم القراءة علی المتعارف و المعتاد، و من المعلوم وقوع ذلک من القارئین غالباً إلا من شـذ منهم. نعم لو اشترط المسـتأجر عـدم الغلط أصـلا، لزم علیه الإعادة مع العلم به فی الجملـة. و کذا الکلام فی الاستئجار لبعض الزیارات المأثورة أو غیرها (۲).

الترتیب فقـد فـاتت الهیئـة و لم یکن قراءة للسورة. و أوضـح من ذلـک قراءة کلمات الآیـة علی غیر الترتیب، فإنه لو کان المراد جنس القرآن جازت قراءة کلمات الآیات علی غیر الترتیب، لصدق الجنس علی ذلک.

(۱) هـذا لیس لما ذکره (قـده)، بل لأن غلبـة وقوع الغلط تقتضـی الاجتزاء بذلک، و إلا لجازت قراءة الکلمات علی غیر الترتیب، و لم یتعرض له، و ظاهره عـدم جوازها، بل ینبغی القطع بـذلک. فالوجه فی الاکتفاء بقراءة ما وقع فیه الغلط هو ما ذکرناه و ذکره هو (قده) بعد ذلک فی صورة اشتراط الترتیب فی عقد الإجارة. و بالجملة: قوله (ره): «و لهذا.»

ینافیه قوله بعد ذلک: «لأن اللازم القراءة ..».

(۲) ما ذکره فی آیات السور جار فی فقرات الزیارة. و کذا جار

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۲۹

و کذا فی الاستئجار لکتابة کتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا یضر فی استحقاق الأجرة إسقاط کلمة أو حرف أو کتابتهما غلطاً.

[(التاسعة عشرة): لا یجوز فی الاستئجار الحج البلدی أن یستأجر شخصاً من بلد المیت إلی النجف]

(التاسـعة عشرة): لا یجوز فی الاستئجار الحج البلدی أن یستأجر شخصاً من بلد المیت إلی النجف، و شخصاً آخر من النجف إلی مکة أو إلی المیقات، و شـخصاً آخر منها إلی مکـة، إذ اللازم أن یکون قصـد المؤجر من البلـد الحـج و المفروض أن مقصده النجف مثلا (۱)، و هکذا، فما أتی

أیضاً فی الاستئجار لکتابـة الکتاب أو القرآن، و الالتزام بجواز قراءة الزیارة و کتابـة الکتاب و القرآن علی غیر ترتیب الفقرات و السور أو الآیات، کما تری. و لأجله یتضـح ما ذکرناه من عـدم جواز قراءة الآیات علی خلاف الترتیب، و لا قراءة السور کذلک، فان الجمیع من باب واحد. و لم یتعرض المصـنف (ره) صـریحاً لحکم الإجارة علی قراءة الزیارة و علی کتابة الکتاب أو القرآن، و لکن یفهم من قوله: «لاـ یضـر فی اسـتحقاق الأـجرة ..» أن اعتبار الترتیب فی الموارد الثلاثـة المـذکورة مفروغ عنه. و قـد عرفت أن الفرق بینها و بین الاستیجـار لقراءة القرآن غیر ظاهر، بالنظر إلی طبع الکلام. نعم قـد تقوم القرینـة علی خلاف ذلک، فلا بأس بالعمل بها، بل یمکن أن یدعی أن عدم الارتباط بین السور قرینة عامة علی عدم ملاحظة الترتیب و لا یخلو من تأمل.

(۱) هذا عین مفاد الدعوی التی ذکرها فی صدر المسألة، لیس مسوقا مساق التعلیل لها. نعم ظاهر قوله: «فما أتی به من السیر لیس ..» أنه تعلیل لها. و یشکل: بأنه لا یصلح أن یکون تعلیلًا، إلا بناء علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۳۰

به من السیر لیس مقدمـة للحج. و هو نظیر أن یسـتأجر شـخصاً لعمرة التمتع و شـخصاً آخر الحج، و معلوم أنه مشـکل، بل اللازم علی القائل بکفایته أن یقول بکفایة استئجار شخص الرکعة الأولی من الصلاة و شخص آخر الثانیة، و هکذا، یتمم.

القول بالمقدمـة الموصلة، فإن ما أتی به من السـیر لا قصور فی مقـدمیته للحـج إلا عدم ترتب الحج علیه. و لذا قال بعض الأعاظم فی حاشیته فی المقام:

«لا یبعد أن یکون ما أفتى به من عدم الجواز مبنیاً على ما اختاره فی الأصول من تخصیص وجوب المقدمة بالموصلة». لکن لو کان مبناه ذلک کان اللازم أن یقول: «لیس واجباً»، بدل قوله: «لیس مقدمة للحج». فکأن مراده أن الواجب فی الحج البلدی أن یحج الشخص عن السیر من البلد بقصد الحج، فالسیر من البلد لا بقصد الحج لیس قیداً للحج البلدی. فلا یکون مقدمة للحج. و هذا التعلیل فی غایة المتانة. و ما ذکرناه آنفا من أن السیر من البلد الى النجف لا قصور فی مقدمیته للحج، إنما یصح بالإضافة إلى حج السائر، لا بالإضافة إلى حج غیره، إذ لا مقدمیة بینه و بینه، فالتعلیل لا یرتبط بالقول بالمقدمة الموصلة بوجه.

و نظیر المقام وضوء زید بالنسبة إلى صلاة عمرو، فإنه لا یکون مقدمة لها، و إنما یکون مقدمة لصلاة زید نفسه. و هذا نظیر أن یستأجره للصلاة عن میت لا بقید المباشرة، فیصلی الأجیر بلا وضوء و یتوضأ شخص آخر مکانه. و کان الأولى للمصنف (ره) التمثیل به، لا التمثیل بالأمثلة التی ذکرها، فان فیها تبعیض النیابة فی الاجزاء، لا فی الشروط و القیود، کما هو فی فرض المسألة. و لا یلزم من عدم جواز التبعیض فی النیابة فی الأجزاء، عدم جوازه فیها فی القیود. فمنشأ الخلاف فی جواز التبعیض- کما فی الحاشیة المتقدمة- و عدمه- کما فی المتن- هو أن الحج البلدی هل

مستمسک العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣١

[(العشرون): إذا استؤجر للصلاة عن المیت فصلى و نقص من صلاته بعض الواجبات غیر الرکنیة سهواً]

(العشرون): إذا استؤجر للصلاة عن المیت فصلى و نقص من صلاته بعض الواجبات غیر الرکنیة سهواً، فإن لم یکن زائداً على القدر المتعارف الذی قد یتفق أمکن أن یقال لا ینقص من أجرته شیء (١)، و إن کان الناقص من الواجبات و المستحبات المتعارفة أزید من المقدار المتعارف، ینقص من الأجرة بمقداره (٢)،

یعتبر فیه أن یکون الحاج قد خرج من البلد بقصد الحج إلى أن یحج، أولا یعتبر فیه ذلک، بل یکفی أن یخرج شخص من البلد و إن کان غیر الحاج؟

فعلى الأول: لا یجوز التبعیض فی النیابة و تعدد النائب، و إن قلنا بوجوب مطلق المقدمة کما هو المشهور، لأن خروج شخص غیر من قام به الحج لیس مقدمة لحج غیره، نظیر ما لو صلى النائب بوضوء نائب آخر. و على الثانی: یجوز التبعیض، و إن قلنا بالمقدمة الموصلة، لأن المقدمة على هذا موصلة، لکون المفروض تحقق الحج مع وجود مقدمته، نظیر ما لو صلى شخص نائب بثوب طاهر قد غسله غیره، فان غسل غیر المصلی مقدمة و موصلة لتحقق الصلاة حسب الفرض.

فالإشکال على المحشی (قده) من وجهین: أحدهما: استظهاره من الدلیل الدال على الحج البلدی: الاکتفاء بخروج غیر الحاج من البلد، و هو فی غایة من البعد. ثانیهما: بناؤه المنع على القول بالمقدمة الموصلة، و هو غیر مبتن على ذلک. مع أن المقدمة فی المقام موصلة حسب الفرص، لتحقق الحج من النائب الثانی.

(١) لأن التعارف یکون قرینة على أن موضوع الإجارة ما یشمل الناقص.

(٢) لأن الأجرة موزعة على الجمیع، فمع فوات البعض یفوت بعض الأجرة.

مستمسک العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٣٢

إلا أن یکون المستأجر علیه الصلاة الصحیحة المبرئة الذمة (١) و نظیر ذلک إذا استؤجر للحج فمات بعد الإحرام و دخول الحرم، حیث ان ذمة المیت تبرأ بذلک (٢)، فان کان المستأجر علیه ما یبرئ الذمة استحق تمام الأجرة، و الا فتوزع و یسترد ما یقابل به بقیة الأعمال.

---

(۱) فإن الصلاة الناقصة لما کانت مبرئة للذمة کانت تمام موضوع الإجارة، فیستحق الآتی بها تمام الأجرة.

(۲) إجماعاً محققاً کما فی المستند، و بقسمیه کما فی الجواهر، و یشهد له

مصحح إسحاق بن عمار قال: «سألته عن الرجل یموت فیوصی بحجة فیعطی رجل دراهم یحج بها عنه فیموت قبل أن یحج ثمَّ أعطی الدراهم غیره. فقال (ع): إن مات فی الطریق أو بمکة قبل أن یقضی مناسکه فإنه یجزئ عن الأول» «۱».

و إطلاقه و إن کان یشمل غیر الفرض، لکن لا یقدح فی جواز الاستدلال به علی الفرض. و یعضده ما ورد من النصوص فیمن مات بعد دخول الحرم،

کصحیح ضریس عن أبی جعفر (ع) قال: «فی رجل خرج حاجا حجة الإسلام فمات فی الطریق. فقال: إن مات فی الحرم فقد أجزأت عنه حجة الإسلام، و إن مات دون الحرم فلیقض عنه ولیه حجة الإسلام» «۲».

و قریب منه غیره، فإنها و إن کان المنصرف منها الحاج عن نفسه، لکن یقرب جداً کونه من أحکام مطلق الحج، أو لأن الأصل فی حج النائب أن یکون بحکم حج المنوب عنه، و تمام الکلام فی هذه المسألة موکول الی محله من کتاب الحج.

وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِینَ*.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۵ من أبواب النیابة حدیث: ۱

(۲) الوسائل باب: ۲۶ من أبواب وجوب الحج حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۳۳

.....

الی هنا انتهی ما أردنا تعلیقه علی کتاب الإجارة من کتاب العروة الوثقی، فی جوار المشهد المقدس الحیدری علی مشرفه أفضل الصلاة و السلام، یوم الثلاثاء، فی الیوم الثالث و العشرین من شهر جمادی الثانیة، سنة الألف و الثلاثمائة و اثنتین و سبعین هجریة، علی مهاجرها أفضل الصلاة و أکمل التحیة، وَ ما تَوْفِیقِی إِلّا بِاللّهِ عَلَیْهِ تَوَکَّلْتُ وَ إِلَیْهِ أُنِیبُ.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۳۴

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ*

[کتاب المضاربة]

اشارة

کتاب المضاربة و تسمی قراضاً عند أهل الحجاز (۱). و الأول من الضرب، لضرب العامل فی الأرض لتحصیل الربح، و المفاعلة باعتبار کون المالک سبباً له و العامل مباشراً (۲).

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِینَ، و الصلاة و السلام علی سید النبیین و أشرف المرسلین محمد و آله، الغر المیامین الطیبین الطاهرین.

کتاب المضاربة

(۱) بذلک صرح فی التذکرة و المسالک و غیرهما، کما صرحوا بأنه سمی مضاربة عند أهل العراق.

(٢) يشير الى أن المفاعلة لا ـ بد فيها من الاشتراك، و قد ذكر ذلك فى كلام جماعة كثيرة، منهم صاحب الجواهر، على نحو يظهر منهم المفروغية عنه. و لكن لا أصل له، كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، و تابعت زيداً، و باركت له، و ناولته الكتاب،

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٣۵

.....

و سافرت و آويته، و جازفت .. الى غير ذلك مما لا يحصى، و كل ذلك لا مشاركة فيه. نعم الذى يقتضى المشاركة التفاعل، مثل: تضاربا، و تجادلا، و تكافحا، و تعاوضا .. الى غير ذلك. و أما المفاعلة: فإنها تقتضى السعى إلى الفعل، فاذا قلت: قتلت، فقد أخبرت عن وقوع القتل، و إذا قلت: قاتلت، كنت قد أخبرت بالسعى إلى القتل، فربما يقع و ربما لا يقع، و لا تقتضى المشاركة. نعم ربما تكون المادة مقتضية للمشاركة، لكنها حينئذ ليست من مفاد الهيئة. و لأجل ذلك لا حاجة الى تكلف بيان وجه المشاركة فى المقام، و هو إما ما ذكره المصنف، و لعله المشهور، المبتنى على حمل الضرب على الضرب فى الأرض. أو لأن كلًا منهما يضرب الربح بسهمه، كما ذكره فى التذكرة و المسالك. و قيل:

إنه من الضرب فى المال و تقليبه، كما حكى فى التذكرة و المسالك. لكن على هذا لا مشاركة، لأن الفاعل لذلك العامل لا غير. إلا أن يكون المقصود من مشاركة المالك سببيته لذلك، كما سبق فى المعنى الأول، و فى الجواهر: «لعل الأولى من ذلك فى تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل». و كأن مراده من الضرب فى المال و العمل الأخذ من نمائه و ناتجه، فكان كل واحد منهما قد ضرب فيما هو للآخر و أخذ منه. و لا يخفى أن لازم المشاركة فى المقام أن كلا من المالك و العامل مضارب للآخر، مع أن الظاهر أن المضارب هو العامل، و المالك و العامل مضارب للآخر، مع أن الظاهر أن المضارب هو العامل، و المالك ليس بمضارب. قال فى التذكرة: «و لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً»، و نحوه فى المسالك، و فى الجواهر: «لم نعثر على اشتقاق أهل اللغة اسماً لرب المال من المضاربة ..». فالأولى أن يكون معنى المضاربة مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية، و العامل هو الذى

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٣۶

و الثانى من القرض، بمعنى: القطع (١). لقطع المالك حصة من ماله و دفعه إلى العامل ليتجر به (٢). و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول (٣) و على الأول مضارب بالبناء للفاعل.

يقوم بهذه المضاربة، دون المالك، فتختص المضاربة به.

و الذى يتحصل مما ذكرنا أمران: (الأول): أن هيئة المفاعلة لا تدل على المشاركة، و إنما تدل على سعى الفاعل نحو الفعل، و المشاركة خارجة عن مفهومها، نعم ربما تستفاد من المادة فى بعض المقامات أو من قرائن خارجية: (و الثانى): أن المراد من الضرب فى المضاربة المعنى المجازى الذى يحصل من التغلب على أموالهم بالطرق المشروعة، فالمضاربة فى المقام المغالبة على الناس فى أخذ أموالهم و استرباحها، و يمتاز المقام من أنواع الاتجار الأخرى: بأن دفع المال إلى العامل بقصد التغلب و الاسترباح، بخلاف سائر موارد الاتجار، فقد يكون المقصود مجرد التبديل و التقليب بلا نظر إلى الربح و زيادة المال.

(١) صرح بذلك فى التذكرة و المسالك و غيرهما.

(٢) يحتمل أن القرض الملحوظ فى مادة القراض ليس هو دفع مقدار من ماله و تمكينه منه، بل المقصود الربح الذى يكون من المال، الذى يصير للعامل، لما عرفت من أن (فاعَل) يدل على السعى نحو الفعل، لا نفس إيقاع الفعل، و الا كان قارض بمعنى قرض، يعنى:

ملّک قطعة من ماله لغیره.

(۳) لأنـه المفعول به، و لیس فاعلًا. و من ذلـک یتضـح ما ذکرناه من أن قارض لا یـدل علی المشارکـة، و إلا کان کل من المالک و العامل فاعلًا و مفعولًا به مقارضاً- بالکسر- و مقارضاً- بالفتح- و من ذلک

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۲۳۷

و کیف کـان عبارة عن دفع الإنسان (۱) مالًا إلی غیره لیتجر به علی أن یکون الربـح بینهما، لا أن یکون تمام الربـح للمالک، و لا أن یکون تمامه للعامل. و توضیح ذلک (۲): أن من دفع مالا إلی غیره للتجارة (تارة): علی أن یکون الربح بینهما، و هی مضاربة (و تارة): علی أن یکون تمـامه للعامـل، و هـذا داخل فی عنوان القرض إن کان بقصـده (۳) (و تـارة): علی أن یکون تمـامه للمالک، و یسـمی عندهم باسم البضاعة (و تارة):

لا یشترطان شیئاً، و علی هذا أیضاً یکون تمام الربح للمالک،

یظهر أن القراض قـائم بین المالـک و العامـل، و المضاربـة قائمـة بین العامل و غیر المالک من الناس الـذین یتجر معهم، هـذا بحسـب الاشتقاق، و أما فی الاصطلاح فهی قائمة بین المالک و العامل، و هما طرفا الإیجاب و القبول.

(۱) لا یخفی أن المضاربـة من الإنشاءات، و الـدفع معنی خارجی، فلیست هی الـدفع، بل الدفع من مقتضـیاتها، و انما هی المعاملة بین المالـک و العامـل علی أن یتجر العامـل بمـال المالـک، و یکون له بعض ربحه. فتفسیرها بالـدفع- کمـا ذکره فی النـافع و التـذکرة و المسالک و غیرها- مبنی علی نحو من المساهلة.

(۲) هذا التوضیح ذکره فی الشرائع، و تبعه علی ذلک فی التذکرة و المسالک و غیرهما.

(۳) هـذا القیـد لم یتعرض له فی الشـرائع و التـذکرة و المسالـک. و اشـکاله ظاهر، فان القرض تملیک المال بعوض فی الذمـة مثله أو قیمته، و هو من العناوین الإیقاعیة لا یتحقق إلا بالقصد، فکیف یکون دفع المال إلی العامل علی أن یکون له تمام الربح قرضاً من دون قصد؟! کما أشار إلی ذلک

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۲۳۸

فهو داخل فی عنوان البضاعة. و علیهما یسـتحق العامل أجرة المثل لعمله (۱) إلا أن یشترطا عـدمه، أو یکون العامل قاصداً التبرع. و مع عدم الشرط و عدم قصد التبرع أیضاً له أن یطلب

الأردبیلی (قـده). و احتمـل فی الریـاض: أن یکـون مراد التـذکرة و المسالـک من کـونه قرضـاً أن ذلـک حکم القرض، لا ـ أنه قرض موضوعاً، و کـذلک قصـدهما من کونه قراضاً فی صورة اشتراط أن یکون الربح لهما. و هو کما تری غیر ظاهر. کما أنه احتمل صـحة مـا ذکراه و عـدم لزوم القصـد فی حصول القرض، للمعتبرة المسـتفیضة، التی منهـا الصـحیح و الموثق و غیرهما [۱] من أنه من ضـمن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله و لیس له من الربح شـیء، لظهورها فی أنه بمجرد تضـمین المالک للمضارب یصـیر المال قرضاً و یخرج عن المضاربـة و ان لم یتقـدم عقد القرض، و هو فی معنی اشتراطه الربح للعامل، فإن الأمرین من لوازم القرض. انتهی. و هو کما تری، إذ لو بنی علی الأخذ بهذه النصوص، التی مرجعها إلی ما اشتهر عن أبی حنیفة من أن الخراج بالضـمان، فهو مختص بالتضـمین، و هو غیر مورد کلام التذکرة و المسالک. و رجوع التضـمین و اشتراط الربح للعامل إلی ذلک ممنوع، فان التضـمین لا یوجب خروج المال المضمون عن ملک المالک و دخوله فی ملک الضامن.

(۱) ظاهر عبارتی التـذکرة و المسالک: أنه مع اشتراط کون الربح للمالک لا شـیء للعامل، و نسـبه فی الریاض أیضاً الی ظاهر غیرهما من الأصحاب، ثمَّ قال: و هو حسن إن لم یکن هناک قرینة من عرف أو عادة

[۱] یشیر إلی روایة محمد بن قیس «۱» المرویة بطریق فیها الصحیح و الحسن و الموثق. منه قدس سره.

(۱) الوسائل باب: ۴ من أبواب کتاب المضاربة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۳۹

الأجرة، إلا أن یکون الظاهر منهما فی مثله عدم أخذ الأجرة و إلا فعمل المسلم محترم (۱) ما لم یقصد التبرع.

بلزومه. و إلا فالمتجه لزومه». کما أنه استشکل علیهما فی الحکم بأجرة المثل فی صورة عدم اشتراط شیء للعامل، و أنه لا دلیل علیه، و الأصل العدم. و مرجعه الی قیام احتمال التبرع و لا- أجرة معه. انتهی. و کأن احتمال التبرع هو الوجه فی ما استحسنه فی الفرض السابق من عدم الأجرة، و قد ذکره (قده) أنه إذا انتفی احتمال التبرع وجبت الأجرة، بلا خلاف فی الظاهر، لئلا یلزم الضرر علی العامل الناشئ من إغراء المالک له بترغیبه إلی العمل تحصیلًا لما بإزائه من الأجرة. انتهی. و المتحصل من کلامه أمور: (الأول): أنه لا ضمان لعمل العامل علی المالک مع احتمال التبرع، للأصل. و قد سبقه إلی ذلک المحقق الأردبیلی.: (الثانی): أنه إذا قامت قرینة من عرف أو عادة بلزوم الأجرة لزمت. (الثالث): أنه مع عدم احتمال التبرع تجب الأجرة، لئلا یلزم الضرر. و یشکل الأول:
بأن استیفاء عمل الغیر موجب للضمان کاستیفاء ماله، حتی مع احتمال التبرع ما لم یثبت التبرع، و علی ذلک استقرت طریقة العرف و العقلاء، بلا رادع عنها، کما أوضحنا ذلک فی کتاب الإجارة و غیره من هذا الشرح، و مع الشک فی التبرع یبنی علی أصالة عدمه عندهم، لا علی أصالة البراءة. و یشکل الأخیر: بأن أدلة نفی الضرر لا تقتضی الضمان، لأنها نافیة لا مثبتة.
(۱) استشکل فی الجواهر علی ما ذکراه فی التذکرة و المسالک من عدم الأجرة إذا اشترط المالک أن یکون الربح له: بأن ذلک خلاف قاعدة احترام عمل المسلم، و تبعه علیه المصنف، و قد عرفت فی کتاب الإجارة أن قاعدة الاحترام نفسها لا تصلح لإثبات الضمان علی المالک، نظیر: قاعدة نفی الضرر، و انما تقتضی قاعدة الاحترام حرمته و عدم جواز استیفائه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۰

و یشترط فی المضاربة الإیجاب و القبول (۱).

جبراً أو کرهاً، فالعمدة فی وجه الضمان ما ذکرناه من أن استیفاء عمل العامل موجب لضمانه عند العرف و العقلاء من دون رادع عنه.
(۱) دعوی الإجماع علی کون المضاربة من العقود المحتاجة إلی الإیجاب و القبول صریحة و ظاهرة فی کلام جماعة، و قد ذکرنا فی بعض مباحث النکاح أن المعیار فی کون المعنی الإنشائی عقداً أو إیقاعاً لیس بلحاظ مفهومه ذاتاً بمعنی أن المفهوم العقدی یخالف المفهوم الإیقاعی ذاتاً، و لا- بالنظر إلی کونه قائماً بین شخصین أو شخص واحد، بل المعیار کونه تحت ولایة شخص واحد أو شخصین، فان کان تحت ولایة شخص واحد فهو إیقاع، و ان کان تحت ولایة شخصین فهو عقد. و لما کان مفاد المضاربة خروج حصة من الربح من ملک صاحب المال، و دخولها فی ملک العامل، و کان الخروج عن الملک قهراً خلاف قاعدة السلطنة علی المال، کما أن الدخول فی الملک قهراً خلاف قاعدة السلطنة علی النفس، تعین أن یکون ذلک تحت ولایة المالک و العامل معاً، فیکون ذلک المفهوم عقداً، محتاجاً إلی الإیجاب من أحدهما، و القبول من الآخر، و إذا فرض کون المالک و العامل سفیهین و ولیهما واحداً فالمضاربة حینئذ إیقاع یکتفی فیها بالإیجاب بلا قبول. کما أن الزوج و الزوجة إذا کانا بالغین فالنکاح بینهما عقد یحتاج إلی الإیجاب و القبول، فاذا اتفق أنهما رقان لمالک واحد کفی فی حصول النکاح بینهما إیجاب المالک بلا حاجة الی القبول، و کذا إذا عقد الجد لابن ابنه علی بنت ابنه الآخر فإنه یکفی فی حصول النکاح بینهما أن یقول: زوجت فلانة من فلان. بل الوکیل علی التزویج

من الطرفين كذلك. نعم إذا كان وكيلا من أحدهما على الإيجاب و من الآخر على القبول تعين الإيجاب و القبول معاً.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۱

و يكفى فيهما كل دال، قولا، أو فعلا (۱). و الإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، و ما يفيد هذا المعنى. فيقول: قبلت.

[و يشترط فيها أيضاً- بعد البلوغ، و العقل، و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو جنون أمور]

اشارة

و يشترط فيها أيضاً- بعد البلوغ، و العقل، و الاختيار (۲) و عدم الحجر لفلس أو جنون (۳)- أمور:

---

(۱) لما دل على صحة المعاطاة و كونها عقداً فعلياً لا قولياً، و العقدية لا تتوقف على الإنشاء باللفظ، بل تكون بالإنشاء بالفعل أيضاً بلا فرق إلا فى بعض الأحكام المذكورة فى مبحث المعاطاة، التى قد لا تطرد هنا.

و فى الرياض: «و من لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه، و فى اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً، قولان، قوى ثانيهما فى الروضة تبعاً للتذكرة، و يظهر منهما عدم الخلاف بيننا فيه، و فى الاكتفاء فى طرف الإيجاب بكل لفظ، فان تمَّ، و الا فالأولى خلافهما اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن»، و ظاهره المفروغية عن عدم جواز الإيجاب بالفعل. و لكنه غير ظاهر، بل ممنوع. و مثله الأصل الذى ذكره، فان العمومات كافية فى رفع الأصل و المنع من جريانه، يتضح ذلك بملاحظة مباحث المعاطاة.

(۲) هذه الأمور شروط فى عموم تصرفات الإنسان فى ماله و نفسه، و بيان أدلة ذلك موكول الى كتاب الحجر، و قد تعرض الفقهاء- قدس سرهم- لذلك فى الجملة فى كتاب البيع، لأنه أول الكتب المتعلقة بالتصرفات الاعتبارية تحريراً، و قل ما يتعرضون لذكر ذلك فى غيره.

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسک العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۲، ص: ۲۴۱

(۳) ذكر الجنون مستدرك للاكتفاء بذكر اشتراط العقل سابقاً.

و كان اللازم ذكر السفه بدله، لما دل على حجر السفيه عن تصرفه فى ماله فلا تصح المضاربة إذا كان المالك سفيها، كما لا تصح إذا كان العامل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۲

[الأول: أن يكون رأس المال عيناً]

الأول: أن يكون رأس المال عيناً (۱)، فلا تصح بالمنفعة، و لا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه. و لو أذن للعامل فى قبضه، ما لم يجدد العقد بعد القبض. نعم لو وكله على القبض و الإيجاب من طرف المالك و القبول منه، بأن يكون موجباً قابلا، صح.

سفیهاً، لعدم الفرق فی حجر السفیه بین أن یکون المال عیناً أو عملًا، أما الفلس فلیس عدمه شرطاً فی العامل، و إنما هو شرط فی المالک، و ان کان ظاهر العبارة أنه شرط فیهما معاً، کالبلوغ و العقل. لکن سیأتی فی المسألة الثالثة من مسائل الختام أن کلامه هنا مختص بالمالک.

(۱) و فی الجواهر: دعوی الإجماع بقسمیه علیه، و فی التذکرة:

«الأول أن یکون من النقدین دراهم و دنانیر، مضروبة منقوشة، عند علمائنا»، و فیها: «لا یجوز القراض علی الدیون، و لا نعلم فیه خلافاً. قال ابن المنذر: أجمع کل من یحفظ عنه من أهل العلم أنه لا- یجوز أن یجعل الرجل دیناً له مضاربة ..»، و فی المسالک: «اشتراط ذلک فی المال موضع وفاق، نقله فی التذکرة. و هو العمدة»، و فی الریاض استدل علیه بعد الإجماع: بأنه القدر المتیقن فی الخروج عن أصالة عدم ترتب الأثر، بل أصالة کون الربح للمالک. و لا مجال للتمسک بعموم الوفاء بالعقود فی المقام لمنع الأصل المذکور، لاختصاصه بالعقود اللازمة.

کما لا- مجال للتمسک بإطلاقات المضاربة، لعدم ورودها فی مقام البیان من هذه الجهة، فینبغی الاقتصار علی المتیقن من النص و الفتوی، و هو خصوص النقدین. و فی الجواهر الاشکال علی ذلک: بأنه یکفی فی الصحة قوله تعالی (إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ) و نحوه. و فیه: أن ذلک إنما یقتضی الصحة، و لا یقتضی کونها مضاربة. و من ذلک یظهر أنه لو سلم

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۳

.....

جواز التمسک بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۱» فإنما یقتضی الصحة أیضاً و لا یقتضی کونها مضاربة، و أما الإطلاقات المقامیة فلا تجدی شیئاً، إذ مقتضاها صحة المضاربة التی عند العرف، و لم یثبت أن المعاملة علی الدین و المنفعة مضاربة عند العرف، و الأصل عدم ترتب أحکام المضاربة علیها.

نعم إذا کان مراد الأصحاب من عدم الصحة فی الدین و المنفعة عدم الصحة مطلقاً لا مضاربة و لا غیرها، کان الاشکال علیهم فی محله، إذ الصحة مقتضی بعض العمومات. اللهم إلا أن یدعی اختصاص العمومات بالعقود المتعارفة، فلا تقتضی صحة غیرها. لکنه محل منع، إذ لا- مقتضی لهذا التخصیص، و الأصل عدمه. اللهم إلا- أن یقال: الأصل رجوع الربح إلی مالک الأصل، فثبوته لغیره خلاف دلیل صحة المعاملة علی ماله، فیکون الأصل بطلان العقد المذکور ما لم یقم علیه دلیل بالخصوص. و فیه:

أن المضاربة لما کانت من سنخ المعاوضة، لأن الحصة من الربح فی مقابل العمل، فالمراد من دخول حصة الربح فی ملک العامل أن ذلک بعد أن تدخل فی ملک المالک، عملًا بمقتضی المعاوضة، لیکون ضمان عمل العامل بمال المالک فی ظرف أنه مال المالک، و لا- بد أن یکون ذلک بعد الدخول فی ملک المالک، و هکذا ما کان من هذا القبیل. و أما الإجماع علی اشتراط ذلک فالقدر المتیقن أنه شرط فی المضاربة، لا مطلقاً. و من ذلک تعرف الاشکال فیما ذکره فی الجواهر فی شرح قول ماتنه: «و لو دفع آلة الصید کالشبکة بحصته، فاصطاد، کان الصید للصائد، و علیه أجرة الآلة»، قال فی الجواهر: «لم یکن مضاربة قطعاً، لانتفاء الشرط، و لا شرکة، لعدم الامتزاج، و لا اجارة، لعدم معلومیة الأجرة، فلیس هی إلا معاملة باطلة». و حاصل الاشکال: أنه لا دلیل علی انحصار المعاملة الصحیحة

---

(۱) المائدة: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۴

و کذا لو کان له علی العامل دین لم یصح جعله قراضاً (۱).

إلا أن یوکله فی تعیینه ثمَّ إیقاع العقد علیه بالإیجاب و القبول بتولی الطرفین.

[الثانی: أن یکون من الذهب أو الفضة المسکوکین بسکة المعاملة]

الثانی: أن یکون من الذهب أو الفضة المسکوکین بسکة المعاملة، بأن یکون درهماً أو دیناراً، فلا تصح بالفلوس و لا بالعروض، بلا خلاف بینهم، و إن لم یکن علیه دلیل سوی دعوى الإجماع (۲). نعم تأمل فیه بعضهم (۳). و هو فی محله، لشمول العمومات، إلا أن یتحقق الإجماع، و لیس

فی أحد الأقسام، و عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۱» و نحوه یقتضی عدم الانحصار، و حمله على المتعارف- لو سلم- لا یقتضی عدم شمول المورد، لأنه من المتعارف، و حمله على ما تعارف عند الفقهاء غریب.

(۱)

ففی روایة السکونی عن أبی عبد اللّه (ع): «قال أمیر المؤمنین (ع) فی رجل له على رجل مال فیتقاضاه و لا (فلا. خ ل) یکون عنده (ما یقتضیه. خ ل) فیقول: هو عندک مضاربة. قال (ع): لا یصلح حتى تقبضه منه» «۲».

(۲) فی الجواهر: دعوى الإجماع بقسمیه علیه، و قد تقدم فی التذکرة نسبته إلى علمائنا، و قد اشتهرت دعوى الإجماع على ذلک فی کلام جماعة کثیرة.

(۳) قال فی الحدائق: «إن من لا یلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات، لعدم ثبوت کونها دلیلًا شرعیاً فإنه لا منع عنده من الحکم بالجواز فی غیر النقدین، نظراً الى عموم الأدلة على جوازه، و تخصیصها یحتاج الى دلیل شرعی، و لیس فلیس». أقول: قد عرفت أن مراد الأصحاب إن کان عدم صحة المضاربة بغیر الدینار و الدرهم، فهو فی

---

(۱) المائدة: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۵ من کتاب المضاربة حدیث: ۱.

ببعید، فلا یترک الاحتیاط. و لا بأس بکونه من المغشوش الذی یعامل به (۱)، مثل الشامیات و القمری و نحوها. نعم لو کان مغشوشاً یجب کسره (۲)

محله، للأصل بعد عدم ثبوت کون المعاملة حینئذ مضاربة عند العرف، و لا حاجة الى دعوى الإجماع فی ذلک و إن کان مرادهم عدم الصحة أصلا و لو لا بعنوان المضاربة، فهو غیر ظاهر، و لم یثبت إجماعهم علیه، کما عرفت ذلک فی اشتراط السابق.

(۱) بعد ما عرفت من أن الشرط أن یکون المال درهما أو دیناراً لا فرق بین کونهما مغشوشین أولا، للإطلاق، إذ الدرهم و الدینار القطعة من الفضة أو الذهبة المسکوکة للمعاملة و إن کان فیها غش، و لذا تجب فیهما الزکاة، کما ذکر ذلک فی الجواهر. نعم إذا کان الغش مانعاً من صدق الذهب و الفضة لغلبة الخلیط لم تصح المضاربة، لعدم کونها درهماً أو دیناراً. و لذا یشکل الحکم فی مثل القمریات و الشامیات، لعدم صدق الفضة علیهما، لغلبة الخلیط. و من ذلک یشکل ما ذکره المصنف بقوله:

«مثل الشامیات و القمری» فان التعامل نفسه لا یکفی فی صحة المضاربة بهما، لعدم صدق الذهب و الفضة علیهما.

(۲)

فی خبر المفضل بن عمرو الجعفی قال «کنت عند أبی عبد اللّه (ع) فالقى بین یدیه دراهم، فألقى إلی درهماً منها. فقال: أیش هذا؟

فقلت:

ستوق. فقال: و ما الستوق؟ فقلت: طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة. فقال (ع): اكسرها، فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه» «١»

لكن قال في الجواهر: «الظاهر عدم وجوب الكسر و إن نص عليه في الخبر السابق، إلا انى لم أجد من أفتى به بل الفتوى و باقى النصوص على

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢۴۶

- بأن كان قلباً- لم يصح (١) و إن كان له قيمة، فهو مثل الفلوس. و لو قال العامل: بع هذه السلعة و خذ ثمنها قراضاً لم يصح (٢)، إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه.

[الثالث: أن يكون معلوماً قدراً و وصفاً]

الثالث: أن يكون معلوماً قدراً و وصفاً (٣)،

خلافه». و يشير بذلك إلى

صحيح محمد بن مسلم: «قلت لأبى عبد اللّه (ع):

الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره، ثمَّ يبيعها. قال (ع):

إذا بين (الناس. خ) ذلک فلا بأس» «١»

و قريب منه غيره.

(١) لخروجه عن الدرهم و الدينار و إن كان خالصاً، فضلا عما إذا لم يكن، لاختصاصهما بما كان مسكوكاً بسكة المعاملة، فلا يشملان غيره.

(٢) لفقد الشرط الأول. و كان الأنسب ذكر هذا الشرط فيما سبق.

(٣) على المشهور، بل ظاهر التذكرة: أنه لا خلاف فيه بيننا، و حكى عن الشيخ في الخلاف. و لكن عن المبسوط: أنه حكى عن بعض بطلان المضاربة بالجزاف، و حكى عن بعض: الصحة، ثمَّ قال: «و هو الأقوى عندى» و عن المختلف: اختياره. لعموم أدلة الصحة، من دون دليل واضح على المنع. و في الشرائع: اشتراط أن يكون المال معلوم المقدار، و استدل له في الجواهر بما دل على النهى عن الغرر [١] ثمَّ أجاب عنه

---

[١] روى ذلک بنحوين: أحدهما: ما دل على النهى عن الغرر بقول مطلق، رواه في التذكرة في المسألة: ٢ من الركن الثالث من الفصل الثانى من كتاب الإجارة. و يمكن استفادته مما رواه في الوسائل باب: ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث: ٢. و باب: ١٢ منها حديث: ١٣ و الآخر: ما دل على النهى عن بيع الغرر، و قد تقدمت الإشارة في صفحة: ٧ من هذا الجزء الى روايته في الوسائل و كنز العمال و صحيح الترمذى و الموطأ. فراجع كما رواه في مستدرک الوسائل باب: ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث: ١

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ٢.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۷

و لا تکفی المشاهدة (۱) و إن زال به معظم الغرر.

بأن النهی عن الغرر مختص بالبیع، ثمَّ قال: «اللهم إلا أن یقال: بأن فی بعض النصوص النهی عن الغرر، فیشمل المقام، بل لو سلم تحقق إطلاق فی المضاربة یشمل محل الفرض کان التعارض من وجه، و الترجیح للأول بفتوی المشهور بذلک». و الاشکال علیه ظاهر، فان النص لم یثبت بنحو یعتمد علیه. و لو سلم فلا یمکن الأخذ بظاهره، لکثرة التخصیص. و لو سلم فالفتوی لا تصلح للترجیح. نعم یکون ترجحه لأنه لو لم یؤخذ به فی مقابل عموم الصحة لم یبق له مورد، للمعارضة دائماً بینهما. و کأنه لذلک قال بعد ذلک: «و التحقیق إن لم یکن إجماع عدم قدح الجهالة التی تؤول إلی العلم، نحو أن یقع العقد علی ما فی الکیس، لإطلاق الأدلة أو عمومها. نعم بناء علی عدم عموم أو إطلاق فلا ریب أن الأصل الفساد.

أما الجهالة التی لا تؤول إلی العلم فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمکان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعاملة. فتأمل جیداً». لکن ما ذکر من أن الربح روح المعاملة المذکورة مسلم، لکن یمکن الرجوع فی تعیین مقداره إلی القرعة، و لو بأن یجعل ذلک شرطاً فیها، أو الی حکم الحاکم مع التنازع أو غیر ذلک، و لا یقتضی البطلان. و لو أنه استدل علی بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحة، فالمرجع الأصل، المقتضی للبطلان، کان متیناً.

(۱) حکی فی جامع المقاصد عن الشیخ فی المبسوط الاکتفاء بالمشاهدة فی جواز المضاربة و صحتها، لزوال معظم الغرر. لکن زوال المعظم لا یجدی مع بقاء الغرر بناء علی النهی عنه، و لا حاجة إلیها بناء علی عدم النهی عنه، فالتفصیل غیر ظاهر.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۸

[الرابع: أن یکون معیناً]

الرابع: أن یکون معیناً (۱)، فلو أحضر مالین و قال:

قارضتک بأحدهما، أو بأیهما شئت، لم ینعقد إلا أن یعین ثمَّ یوقعان العقد علیه. نعم لا فرق بین أن یکون مشاعاً أو مفروزاً (۲) بعد العلم بمقداره و وصفه (۳)، فلو کان المال مشترکاً بین شخصین، فقال أحدهما للعامل: قارضتک بحصتی فی هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع. و کذا لو کان للمالک مائة دینار مثلا، فقال: قارضتک بنصف هذا المال، صح.

[الخامس: أن یکون الربح مشاعاً بینهما]

الخامس: أن یکون الربح مشاعاً بینهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معیناً و البقیة للآخر، أو البقیة مشترکة بینهما لم یصح (۴).

---

(۱) و علیه الإجماع، فإن المبهم المردد لا وجود له فی الخارج، فلا یکون موضوعاً للاحکام.

(۲) بلا خلاف و لا اشکال عندنا، کما فی الجواهر. و یقتضیه إطلاق أدلة الصحة مع صدق المضاربة عرفاً معه. نعم لو فرض الشک فی الصدق لاحتمال اعتبار الإفراز فی صدق المفهوم عرفاً فالإطلاق لا مجال للتمسک به، بل المرجع أصالة عدم الأثر. هذا بالنسبة إلی أثر المضاربة، أما بالنسبة إلی أثر العقد فلا مانع من البناء علیه، عملا بالعموم الدال علی صحة العقود فحینئذ یکون نفی الشرطیة مستنداً إلی الإجماع لا غیر.

(۳) بناء علی ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار.

(۴) قال فی الحدائق: «الظاهر أنه لا خلاف بینهم فی أنه یشترط فی الربح الشیاع، بمعنی أنه یشترط أن یکون کل جزء منه

مشترکاً،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۴۹

[السادس: تعیین حصة کل منهما من نصف أو ثلث]

السادس: تعیین حصة کل منهما (۱) من نصف أو ثلث

لأنه مقتضی المضاربة، کما تنادی به الاخبار المتقدمة فی حکمها: بأن الربح بینهما. یعنی: کل جزء جزء منه، و ما لم یکن مشترکاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل فی مفهوم المضاربة» و یظهر من کلمات غیره الإجماع علی الحکم المذکور. و فی الشرائع: علله بعدم الوثوق بحصول الزیادة، فلا تتحقق الشرکة. انتهی. و إشکاله ظاهر بعدم اطراده فی صورة الوثوق بحصول الزیادة. و أما ما فی الحدائق فمبنی علی ظهور النصوص فی کون الربح بینهما علی وجه الاشتراک علی الإشاعة، لا بمجرد الاشتراک، و إلا فهو حاصل فی الصورة المذکورة أیضاً، و علی الأول فالشرط المذکور یکون منافیاً لمفهوم العقد کما اختاره طاب ثراه، لا منافیاً لحکمة، إذ من البعید جداً أن یکون حکماً لها مع عموم مفهومها، فیکون الحکم علی خلاف المفهوم. فاذاً ما ذکره هو ظاهر النصوص، لا ما یتخیل من أن ظاهر النصوص بیان حکمها لا مفهومها. فلاحظ.

(۱) بلا خلاف، کما فی التذکرة، بل ظاهر أنه لا خلاف فیه بین المسلمین، و قد ذکره الأصحاب شرطاً للمضاربة علی نحو ذکر المسلمات، من دون تعرض منهم لنقل خلاف أو إشکال فکأنه لا خلاف فیه بیننا.

و المراد به إن کان تعیین الحصة فی مقابل تردیدها، بأن تکون معینة لا مرددة فدلیله واضح، إذ المردد لا یقبل الملک، کما لا یقبل غیره من الاحکام، و ان کان المراد تعیینها عندهما بمعنی کونها معلومة المقدار عندهما، فی مقابل المجهولة- کما هو ظاهر کلامهم- فلا تصح المضاربة إذا قال للعامل:

و لک مثل ما شرط فلان، فدلیله غیر ظاهر، لما عرفت فی الشرط الثانی من عدم الدلیل علی مانعیة الغرر علی نحو الکلیة. اللهم إلا أن یحصل الشک حینئذ فی صدق المضاربة عرفاً، فلا یمکن الرجوع إلی إطلاق

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۰

أو نحو ذلک، إلا أن یکون هناک متعارف ینصرف إلیه (۱) الإطلاق.

[السابع: أن یکون للربح بین المالک و العامل]

السابع: أن یکون للربح بین المالک و العامل، فلو شرطا جزء منه لأجنبی عنهما، لم یصح (۲). إلا أن یشترط علیه عمل متعلق بالتجارة (۳). نعم ذکروا أنه لو اشترط کون جزء من الربح لغلام أحدهما صح، و لا بأس به خصوصاً علی القول بأن العبد لا یملک، لأنه یرجع إلی مولاه، و علی القول الآخر یشکل. إلا أنه لما کان مقتضی القاعدة صحة الشرط حتی للأجنبی (۴)، و القدر المتیقن من عدم الجواز ما إذا لم یکن غلاماً لأحدهما، فالأقوی الصحة مطلقاً. بل لا یبعد

أدلة أحکامها بل یرجع الی أصالة عدم ترتب الأثر. لکن لا مانع من صحة المعاملة مع الجهل لا بعنوان المضاربة.

(۱) فیکون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار.

(۲) لظهور النصوص فی کون الربح بینهما لا غیر، فلا تکون مضاربة إذا کان بینهما و بین غیرهما. مضافاً إلی الأصل الذی عرفته بناء علی الشک فی صدق المضاربة عرفاً حینئذ.

(۳) فيكون الأجنبى عاملا آخر، فتكون المضاربة بين المالک و عاملين أو يكون من قبيل الحمال و نحوه إذا لم يكن عمله التجارة، فيكون أحد مصارف الربح فيكون من قبيل مئونة التجارة التى تستثنى من الربح المشترک.

(۴) كأن المراد من القاعدة عمومات صحة العقود و التجارة و نحوها.

لكنها مخصصة بما دل على اعتبار اختصاص الربح بالمالک و العامل فى المضاربة فلا مجال للعمل بها فى المقام. نعم يتم ما ذكره لو كان الغرض

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۲۵۱

القول به فى الأجنبى أيضاً و إن لم يكن عاملا، لعموم الأدلة.

[الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل]

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل (۱)، فلو اشترط المالک أن يكون بيده لم يصح.

لكن لا دليل عليه (۲)، فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة

صحة المعاملة فى نفسها، لا بعنوان المضاربة. لكنه خارج عن محل الكلام مع أنک قد عرفت الإشكال فى ذلک فى الشرط الأول. و من ذلک يظهر الإشكال فى قوله (ره): «فالأقوى الصحة» و قوله: «بل لا يبعد القول ..». و بالجملة: إن كان الكلام فى منع ذلک من المضاربة فالمنع مقتضى النصوص القائلة الربح بينهما، و لا مجال للعمل بما دل على صحة المضاربة بعد تخصيصه بهذه النصوص. و لا فرق بين هذا الشرط و غيره مما سبق. و كان على المصنف التعرض فيما سبق أيضاً لذلک، و ان الدليل الدال على الشرطية إنما يقتضى بطلان المضاربة بفقد الشرط، لا بطلان المعاملة بلا عنوان المضاربة. و إن كان الكلام فى منع ذلک من صحة المعاملة لا بعنوان المضاربة، فالمنع خلاف عموم الأدلة. فلاحظ.

(۱) قال العلامة فى القواعد: «الرابع (يعنى: من شروط رأس المال): أن يكون مسلماً فى يد العامل، فلو شرط المالک أن تكون يده عليه لم يصح، أما لو شرط أن يكون مشاركاً فى اليد أو يراجعه فى التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز».

(۲) علله فى جامع المقاصد: بأن ذلک خلاف وضع المضاربة، ثمَّ قال: إنه موضع تأمل، لأنه إن أريد بوضع المضاربة مقتضى العقد فلا نسلم أن العقد يقتضى ذلک .. إلى أن قال: و إن أريد بالوضع أن الغالب فى العادات ذلک لم يقدح ذلک فى جواز المخالفة .. إلخ.

و فيه: أن الشک فى اعتباره عرفاً فى مفهوم المضاربة كاف فى اعتباره،

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۲۵۲

مع كون المال بيد المالک، كما عن التذكرة (۱).

[التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة]

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة، و أما إذا كان بغيرها- كأن يدفع إليه ليصرفه فى الزراعة، مثلا و يكون الربح بينهما- يشكل صحته (۲). إذ القدر المعلوم من الأدلة

لما عرفت من أصالة عدم ترتب الأثر، و لا عموم يقتضى صحته مضاربة و الإطلاقات المقامية لا مجال لها مع الشک فى الموضوع العرفى، كما سبق فى نظيره.

(۱) قال فيها: «الأقرب عندى أنه لا- يشترط فى القراض أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل بحيث يستقل يده عليه، و ينفرد بالتصرف رأس المال مسلماً إلى العامل بحيث يستقل يده عليه، و ينفرد بالتصرف فيه عن المالك و غيره، فلو شرط المالك أن يكون الكيس فى يده يوفى الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أن يراجعه العامل فى التصرف أو يراجع مشرفاً نصبه، جاز ذلك، و لم يجز للعامل التجاوز، و كان القراض صحيحاً، لأنه شرط سائغ لا يخالف الكتاب و السنة ..». ثمَّ حكى عن الشافعية: أنه يشترط فى القراض أن يكون رأس المال مسلما إلى العامل، و يستقل باليد عليه و التصرف فيه، ثمَّ قال: «و قد وافقنا بعض الشافعية على ما قلناه». و التحقيق ما عرفت من انتفاء المضاربة مع عدم استقلال العامل بالمال، لعدم ثبوتها عرفاً حينئذ، و صحة معاملة أخرى بمقتضى العمومات.

(۲) فى التذكرة: «شرطه (يعنى: العمل فى المضاربة) أن يكون تجارة، فلا يصح على الاعمال، كالطبخ، و الخبز، و غيرهما من الصنائع لأن هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغنى بها عن القراض فيها، و إنما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه و هو التجارة، التى لا يمكن ضبطها و لا معرفة قدر العمل فيها، و لا قدر العوض، و الحاجة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۵۳

هو التجارة. و لو فرض صحة غيرها العمومات- كما لا يبعد (۱) لا يكون داخلا فى عنوان المضاربة.

[العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به]

اشارة

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير، و إلا فلا يصح (۳)، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل. كما أن الأمر كذلك فى الإجارة للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة (۳)

داعية إليها، و لا يمكن الاستيجار عليها، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة» و العمدة ما أشرنا إليه فيما مضى من الشك فى تحقق المضاربة عرفاً فى مثل ذلك الموجب للرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

(۱) كما عرفت فى نظيره من الشروط فيما سبق. و كان المناسب للمصنف أن يتعرض لذلك فى الموارد السابقة أيضاً.

(۲) هذا الشرط لم يذكره فى الشرائع و غيرها على النحو المذكور هنا، فقد قال فى الشرائع: «و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن» و نحو ذلک ذكر فى القواعد، و فى المسالک: «و حيث يثبت الضمان لا- يبطل العقد به، إذ لا- منافاة بين الضمان و صحة العقد»، و فى الحدائق بعد ما حكى عنهم أنه لا منافاة بين الضمان و صحة العقد قال:

«و يدل عليه ما تقدم فى تلك الأخبار، و عليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن و الربح بينهما» لكن فى الجواهر:

«لعل المتجه الفساد لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل فى الصحة، نحو ما ذكروه فى الإجارة، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز» و تبعه عليه المصنف و غيره، و هو فى محله.

(۳) إذا كان الموجب للبطلان العجز، فالعجز كان عن المجموع،

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۵۴

و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك (۱) و العامل أجرة عمله مع جهله بالبطلان (۲)،

فیوجب بطلان المجموع، لا بطلان کل جزء جزء، لعدم العجز عن ذلک، و حینئذ تصح فی المقدور و تبطل فی الزائد، و یکون من قبیل تبعض الصفقة.

(۱) هذا متفرع علی بطلان المضاربة کلیة، أما إذا کانت صحیحة فی المقدور باطلة فی غیره، فالمقدار المتجر به الذی حصل به الربح مقدور فیکون الربح بین المالک و العامل، و لا یستحق العامل علیه أجرة المثل من المالک. و بالجملة: المقدار الذی اتجر به مقدور، فتصح فیه المضاربة و یکون الربح بینهما علی حسب ما شرط فی إیقاعها، و المقدار الذی عجز عن العمل به لا عمل فیه، و لا ربح فلا یستحق العامل فیه شیئاً، لانتفاء السبب.

(۲) أما مع علمه بالبطلان فلا یستحق الأجرة، لأنه أقدم علی بذل عمله مجاناً، فیکون متبرعاً، و لا یستحق الأجرة، و قد وافق فی ذلک جماعة من الأعاظم، و منهم المحقق الثانی فی جامع المقاصد و الشهید الثانی فی المسالک، حیث ذکروا أن ضمان المال المقبوض بالعقد الفاسد یختص بصورة جهل الدافع و ضمان المنافع المستوفاة بالعقد الفاسد یختص أیضاً بصورة جهل العامل، أما إذا کان الدافع للمال و العامل عالمین بالحال فقد أقدم الدافع للمال علی هتک حرمة ماله، و کذلک العامل یکون متبرعاً بعمله، فلا یستحقان عوضاً. و قد أطال المصنف (ره) فی بیان ذلک فی کتاب الإجارة. و فیه: أنه غیر ظاهر، کما أشرنا إلی ذلک هناک، و أنه لما کان التشریع فی السبب فدفع المال و العمل یکون بقصد العوض لا بقصد التبرع. فراجع مباحث الإجارة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۵

و یکون ضامناً لتلف المال (۱)، إلا مع علم المالک بالحال.

و هل یضمن حینئذ جمیعه (۲)، لعدم التمیز مع عدم الاذن فی أخذه علی هذا الوجه، أو القدر الزائد، لأن العجز إنما یکون بسببه، فیختص به، أو الأول إذا أخذ الجمیع دفعة

---

(۱) کما فی الشرائع، و کذلک فی جامع المقاصد و المسالک شرط جهل المالک لا مع علمه، لما سبق. و الوجه فی الضمان- علی ما ذکره الجماعة- أن وضع العامل یده علی المال لم یکن بإذن من مالکه، لأن الاذن کان بعنوان المضاربة و هو مفقود، فأخذ العامل للمال و وضع یده علیه کان بلا إذن من مالکه، فیکون موجباً للضمان. قال فی جامع المقاصد:

«لأن تسلیم المال إلیه إنما هو لیعمل فیه، فاذا کان عاجزاً عن العمل کان وضع یده علی خلاف الوجه المأذون فیه، فکان ضامناً»، و نحوه عبارة المسالک. هذا و لکن الضمان فی المقام مخالف لقاعدة: (ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده)، فان مال المضاربة غیر مضمون علی العامل فی المضاربة الصحیحة فلا یکون مضموناً علیه فی الباطلة. و یدل علی القاعدة المذکورة ما دل علی عدم ضمان المؤتمن، مثل

صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع): «صاحب الودیعة و البضاعة مؤتمنان، و قال (ع):

لیس علی مستعیر عاریة ضمان. و صاحب العاریة و الودیعة مؤتمن» «۱»

و نحوه غیره. فراجع و قد اختار المصنف فی کتاب الإجارة أن الأقوی عدم ضمان العین المستأجرة فی الإجارة الفاسدة. و الفرق بینه و بین المقام غیر ظاهر. فراجع ما ذکرناه فی شرح ذلک الباب، و ما ذکرناه فی دلیل القاعدة من کتابنا (نهج الفقاهة)، و تأمل. و اللّه سبحانه ولی السداد.

(۲) قال فی المسالک: «و هل یکون ضامناً للجمیع، أو القدر

---

(۱) الوسائل باب: ۱ من کتاب العاریة حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۶

و الثانی إذا أخذ أولًا بقدر مقدوره ثمَّ أخذ الزائد و لم یمزجه مع ما أخذه أولًا (۱)؟ أقواها الأخیر. (و دعوی) (۲): أنه بعد أخذ الزائد یکون یده علی الجمیع، و هو عاجز عن المجموع من حیث المجموع، و لا ترجیح الآن لأحد أجزائه إذ لو ترک الأول و أخذ الزیادة لا یکون عاجزاً (کما تری) إذ الأول وقع صحیحاً، و البطلان مستند إلی الثانی و بسببه (۳)،

الزائد علی مقدوره؟ قولان. من عدم التمییز، و النهی عن أخذه علی هذا الوجه. و من أن التقصیر بسبب الزائد، فیختص به. و الأول أقوی».

أقول: کل جزء من المال إذا لوحظ منفرداً فهو مقدور العمل به، و إذا لوحظ منضماً فهو غیر مقدور العمل به، و لما کان وضع الید علیه فی حال الانضمام، لا فی حال الانفراد فهو غیر مقدور العمل به، فلا یکون مأذوناً فی قبضه، فیکون مضموناً بناء علی ما عرفت من اقتضاء الید الضمان. و من ذلک تعرف ضعف الوجه الثانی فإن الزائد لو کان مقبوضاً منفرداً کان مقدوراً، لکن المفروض کونه مقبوضاً منضماً، فلا یکون مقدوراً.

(۱) قال فی المسالک: «و ربما قیل انه إن أخذ الجمیع دفعة فالحکم کالأول، و إن أخذ مقدوره ثمَّ أخذ الزائد و لم یمزجه به ضمن الزائد خاصة».

(۲) هذه الدعوی ذکرها فی المسالک بعنوان الاشکال علی هذا التفصیل.

(۳) هذا یتم لو کان أخذ الأول بعقد یختص به، و الثانی بعقد آخر یختص به، أما إذا کان الأخذ الثانی بعقد موضوعه مجموع الأول و الثانی، فیکون موضوع العقد غیر مقدور، فیکون العقد باطلا، فالمأخوذ به أولا

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۷

و المفروض عدم المزج. هذا و لکن ذکر بعضهم (۱) أن مع العجز المعاملة صحیحة، فالربح مشترک، و مع ذلک یکون العامل ضامناً مع جهل المالک. و لا وجه له، لما ذکرنا مع أنه إذا کانت المعاملة صحیحة لم یکن وجه للضمان (۲). ثمَّ إذا تجدد العجز فی الأثناء وجب علیه رد الزائد (۳)،

کالمأخوذ به ثانیاً، کلاهما مأخوذ بعقد باطل، فیکون کل منهما مضموناً.

و لا فرق بینهما.

(۱) تقدم ذلک عن المسالک. و فی الحدائق: «قالوا و حیث یثبت الضمان لا یبطل العقد، إذ لا منافاة بین الضمان و صحة العقد. أقول: و یدل علیه ما تقدم فی تلک الأخبار- و علیه اتفاق الأصحاب- من أنه مع المخالفة لما شرطه المالک فإنه یضمن، و الربح بینهما»

(۲) لأن العامل أمین عندهم، و الأمین لا یضمن. و أما ما ذکره فی الحدائق فضعیف، لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة علی أن العامل إذا خالف ما شرط علیه فهو ضامن و الربح بینهما، الآتیة فی المسألة الخامسة. فلاحظ.

(۳) قال فی المسالک «و لو کان قادراً فتجدد العجز وجب علیه ردّ الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه، و هو عاجز عنه، و إمکان التخلص منه بالفسخ، فلو لم یفسخ ضمن و بقی العقد کما هو» و لا یخلو مراده من غموض، فإنه لم یکن عاجزاً عن الحفظ، و إنما کان عاجزاً عن العمل الموجب للانفساخ، بلا حاجة إلی الفسخ. و لذلک یجب أن یقال:

انه إذا تجدد العجز جری علیه حکم ما لو کان العجز من أول الأمر، فإذا بنینا علی البطلان فی الجمیع کان هنا کذلک. و لا فرق بین أن یکون قد عمل فی بعض المال و أن لا یکون قد عمل، لأن العمل ببعض المال لا یوجب

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۸

و إلا ضمن (۱).

[(مسألة ۱): لو کان له مال موجود فی ید غیره]

(مسألة ۱): لو کان له مال موجود فی ید غیره، أمانة أو غیرها، فضاربه علیها صح (۲)، و إن کان فی یده غصباً (۳)، أو غیره مما یکون الید فیه ید ضمان فالأقوی أنه یرتفع الضمان بذلک (۴)، لانقلاب الید حینئذ فینقلب الحکم.

اختصاص العجز بغیره لإمکان رفع الید عما عمل به، و الاشتغال بالعمل فی غیره، و حینئذ لا معیّن فیکون الحکم کما لو لم یعمل بالمال أصلا.

(۱) إذا بنینا علی الضمان فی المضاربة فقد ثبت هنا بمجرد الفسخ.

و لا یتوقف علی عدم الرد، نعم الإثم فی ترک الرد یتوقف علی عدم الردّ حیث یمکن الرد و لم یحصل. اللهم إلا أن یقال: لا شمول لعموم علی الید لمثل المقام مما کان الأخذ حدوثاً بإذن المالک.

(۲) نص فی التذکرة علی صحة المضاربة فی مال الودیعة و العاریة و یظهر منه إجماع المسلمین علیه. و یقتضیه الإطلاق المقامی بعد عدم الفرق عرفاً بین کون المال المضارب علیه فی ید المالک و فی ید غیره، أمیناً کان، أو مستعیراً، أو غیرهما. و کان علی التذکرة التعرض لغیر الودیعة و العاریة أیضاً.

(۳) قال فی الشرائع: «و لو کان له فی ید غاصب مال فقارضه علیه صح، و لم یبطل الضمان». کما نص علی صحة المضاربة فی الفرض فی التذکرة، و نسبه إلینا و إلی أحد وجهی الشافعیة، و یظهر منه اتفاقنا علیه. و فی الحدائق: و الظاهر أن الحکم اتفاقی عند الأصحاب، إذ لم أقف علی نقل خلاف فی المسألة.

(۴) کما استوجهه فی التذکرة، و حکاه عن أبی حنیفة و مالک، لأنه ماسک له بإذن صاحبه. و کأنه إلیه أشار المصنف (ره) بقوله:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۵۹

و دعوی: أن الضمان مغیی بالتأدیة، و لم تحصل (۱) کما تری (۲)

«لانقلاب الید» یعنی: کانت الید غاصبة فصارت غیر غاصبة. لکنه لا یجدی فی نفی الضمان إلا أن یثبت أمران: الاذن فی القبض، و أن المأذون لا یضمن.

(۱) قال فی المسالک: «و ان وجه بقاء الضمان أنه کان حاصلًا قبل و لم یحصل ما یزیله، لأن عقد القراض لا یلزمه عدم الضمان، فإنه قد یجامعه بأن یتعدی فلا ینافیه. و

لقوله (ص): (علی الید ما أخذت حتی تؤدی) «۱»

و حتی لانتهاء الغایة، فیبقی الضمان إلی الأداء، إما علی المالک أو علی من أذن له، و الدفع إلی البائع مأذون فیه، فیکون من جملة الغایة». و محصله الرجوع إلی استصحاب الضمان تارة، و إلی عموم

«علی الید ..»

أخری من دون مخصص.

(۲) کأنه یرید أن الغایة تحصل بالإذن فی البقاء کما تحصل بالاذن بالدفع إلی الغیر. لکنه غیر ظاهر، لأن الإذن بالدفع إلی غیره. یجعل غیره کوکیل عنه فی القبض، فیکون الدفع إلی الغیر دفعاً إلی نفسه، أما الاذن فی الإبقاء فلیس فیه شیء من الغایة، فکیف یکون غایة للضمان؟! هذا مع أن فی المسالک منع من حصول الاذن فی الإبقاء من مجرد العقد، قال: «و أما اقتضاء العقد الاذن فی القبض فضعفه

ظاهر، لأن مجرد العقد لا يقتضى ذلك، و إنما يحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل سلمنا زوال الضمان. كيف و العلامة قد صرح فى التذكرة: بأن كون المال فى يد العامل ليس بشرط فى صحة القراض». و من ذلك تعرف أن الكلام فى المقام يكون فى أمور (الأول): أنه هل يحصل

---

(۱) كنز العمال الجزء: ۵ صفحة: ۲۵۷، مستدرك الوسائل باب: ۱ من كتاب الوديعة حديث: ۱۲ و باب: ۱ من كتاب النصب حديث: ۴.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۶۰

و لكن ذكر جماعة بقاء الضمان (۱) إلا إذا اشترى به شيئاً و دفعه إلى البائع، فإنه يرتفع الضمان (۲) به، لأنه قد قضى دينه بإذنه (۳)، و ذكروا نحو ذلك فى الرهن أيضاً، و أن

الاذن فى القبض من مجرد العقد أولا؟ و قد منع فى المسالك من ذلك، لأن عقد المضاربة أعم. و كان على المصنف موافقته، لما سبق فى الشرط الثامن، و كذلك كان على العلامة فى التذكرة. (الثانى): أنه على تقدير حصول الاذن فى القبض هل يرتفع الضمان و يحصل الأداء الذى جعل غاية للضمان فى حديث: «على اليد ..» أو لا؟ الذى اختاره فى المسالك الأول و حكى منعه عن بعض، قال: «و ربما قيل بعدم زوال الضمان و إن أذن له فى قبضه بعد ذلك، لما تقدم من الأدلة. و يضعف:
بأنه حينئذ وكيل محض». و قد عرفت أن الاذن فى بقاء المال عند آخذه لا يكون موجباً لحصول غاية الضمان، و لا يكون المأذون كالوكيل فى القبض، إذ لا دفع هنا و لا أداء بخلاف الوكيل. نعم يرتفع الضمان بمقتضى الأدلة الخاصة الدالة على أن المأذون فى القبض أمين و لا يضمن الأمين، فبطلان الضمان للأدلة الخاصة، لا لحصول الغاية. و هذا هو الأمر الثالث الذى ينبغى التنبيه عليه. و هذه الأدلة مانعة من الاستصحاب و مخصصة لعموم:
«على اليد ..»
. و من ذلك يظهر أن ارتفاع الضمان بالاذن بدفعه ثمناً بملاك حصول الغاية و ارتفاعه بالاذن بالبقاء بملاك آخر.
(۱) كما تقدم فى الشرائع، و فى الحدائق: أنه المشهور.
(۲) إجماعاً فى المسالك.
(۳) كأنه يشير إلى أن الأداء المجعول غاية للضمان يراد منه أن يكون المال تحت سلطانه الخارجى أو الاعتبارى، كما إذا أذن فى دفعه ثمناً أو

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۶۱

العين إذا كانت فى يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان و الأقوى ما ذكرنا فى المقامين، لما ذكرنا (۱).

[(مسألة ۲): المضاربة جائزة من الطرفين]

(مسألة ۲): المضاربة جائزة من الطرفين (۲) يجوز لكل منهما فسخها، سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده قبل حصول الربح أو بعده، نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل (۳) و إن كان قبل انقضائه.
نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط. و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور (۴)،

دفعه وفاء عما فی ذمته، فان هذا الأداء لما کان بإذنه کان تحت سلطانه.

(۱) قد عرفت أنه لا یتم إلا بناء علی اعتبار القبض فی صحة الرهن و فی صحة المضاربة.

(۲) بلا خلاف، کما فی المسالک، و فی الجواهر: «الإجماع بقسمیه علیه، و هو الحجة فی الخروج عن قاعدة اللزوم».

(۳) فإنه یصح الفسخ قبل الأجل بلا خلاف أجده فیه، للأصل و غیره. کذا فی الجواهر. و کون الأصل مقتضیاً للجواز حینئذ غیر ظاهر سواء کان الأصل العملی، إذ الأصل عدم ترتب الأثر علی الفسخ، أم عموم ما دل علی الجواز، لما تقدم من عدم العموم اللفظی، و الدلیل منحصر بالإجماع، و الاقتصار علی المتیقن فی المخصص اللبی لازم، و یتعین الرجوع إلی عموم اللزوم. فالدلیل حینئذ عموم الإجماع علی الجواز، لا الأصل.

(۴) قال فی الشرائع بعد ما ذکر: أن عقد المضاربة جائز من

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۶۲

.....

الطرفین «و لو اشترط فیه الأجل لم یلزم. لکن لو قال: إن مرت بک سنة مثلا فلا تشتر بعدها و بع، صح، لأن ذلک من مقتضی العقد. و لیس کذلک لو قال: «علی أن لا أملک فیها منعک، لأن ذلک مناف لمقتضی العقد» و فی القواعد: «و لو شرط توقیت المضاربة لم یلزم الشرط و العقد صحیح لکن لیس للعامل التصرف بعده». و قال قبل ذلک:

«و لو شرط ما ینافیه فالوجه بطلان العقد، مثل أن یشترط ضمان المال، أو سهماً من الخسران أو لزوم المضاربة ..». و فی جامع المقاصد.

أن هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضی العقد شرعاً، فیبطل العقد بها، لأن التراضی المعتبر فیه لم یقع إلا علی وجه فاسد، فیکون باطلا. انتهی.

و من ذلک تعرف أن الشرط المنافی لمقتضی العقد عندهم هو شرط لزوم المضاربة و عدم ملک الفسخ، لا مجرد شرط عدم الفسخ، الراجع إلی شرط الأجل فی عبارة الشرائع و التوقیت فی عبارة القواعد، فإنه عندهم لا یلزم و لا یجب الوفاء به، لا أنه مناف لمقتضی العقد، و لا أنه مبطل للعقد.

و علیه فنسبة بطلان شرط عدم الفسخ و إبطاله العقد لأنه مناف لمقتضی العقد إلی المشهور فی کلام المصنف لیس مما ینبغی، و إنما هو فی شرط لزوم المضاربة و عدم ملک الفسخ. و کیف کان فاشتراط عدم الفسخ إلی أجل بعینه فی عقد المضاربة لیس منافیاً لمقتضی العقد، و لا لمضمونه، و لا للکتاب و السنة، فان بطل فلوجه آخر غیر ما ذکر. و سیأتی التعرض لوجهه فی کلام المصنف.

ثمَّ إن المصنف ذکر شرط الأجل و ذکر أنه باطل لا یترتب علیه أثر فیجوز معه الفسخ، کما ذکر الأصحاب، و ذکر شرط عدم الفسخ مقابلا له و ذکر فیه ما ذکر، مع أنه لا یظهر الفرق بینهما، إذ لا معنی لشرط التأجیل إلا ذلک، و لذا لم یذکره الأصحاب فی مقابل شرط

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۶۳

بل العقد أیضاً (۱)، لأنه مناف لمقتضی العقد. و فیه: منع،

التأجیل و إنما ذکروا شرط أن لا یملک الفسخ. و لعل مراد المصنف منه ذلک. لکن استدلاله علی صحته بما ذکره لا یساعد علی ذلک و یقتضی أن یکون المراد ما هو ظاهر العبارة. و حینئذ یتوجه علیه الإشکال فی وجه الفرق بین شرط التأجیل و بینه.

(۱) قد عرفت تصریح الشرائع و القواعد و جامع المقاصد ببطلان العقد لمنافاة الشرط لمقتضاه، و علل فی جامع المقاصد ذلک: بأن

التراضی المعتبر فی العقد لم یقع إلا علی وجه فاسد و کان الأولی تعلیله: بأن القصد إلی المتنافیین متعذر، فیکون العقد غیر مقصود، فلا یصح.

و بالجملة: الشرط الواقع فی ضمن العقد (تارة): یکون منافیاً لمضمون العقد، کما إذا شرط فی البیع أن لا یکون للمبیع ثمن، فان قوام المبادلة الطرفان، فلا تکون مع طرف واحد، (و أخری): منافیاً لمقتضاه عرفاً، کما إذا شرط فی البیع أن لا یملک المشتری المبیع أو لا یملک البائع الثمن، فان ذلک خلاف ما تقتضیه المبادلة، فإنها تقتضی أن یکون کل من البدلین قائماً مقام الآخر، فاذا کان الثمن ملکاً للمشتری فالمثمن بدله لا بد أن یکون کذلک، و إذا کان المثمن ملکاً للبائع فالثمن بدله کذلک (و ثالثة): أن یکون مخالفاً للکتاب و ان لم یکن مخالفاً لمضمون العقد و لا لمقتضاه، کما إذا اشترطت الزوجة فی عقد نکاحها أن یرث أبوها أو أخوها من زوجها، فان ذلک مخالف لما دل علی إرث غیرهما من مراتب الإرث. و هذه الأقسام الثلاثة کلها باطلة. أما الأولان:

فلامتناع القصد إلی المتنافیین، و لذلک یکون الشرط مبطلا للعقد أیضاً.

و أما الثالث: فللأدلة الخاصة، و التحقیق: أنه لیس بمبطل للعقد إذ لا مقتضی لذلک، فعموم الصحة محکم و قد عرفت أن شرط عدم الفسخ

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۲۶۴

بل هو مناف لإطلاقه (۱). و دعوی: أن الشرط فی العقود الغیر اللازمة غیر لازم الوفاء (۲)،

لیس من أحد المذکورات، و شرط أن لا یکون له الفسخ من قبیل الشرط المخالف للکتاب، لما دل علی جواز عقد المضاربة، فیکون باطلا لذلک لا لمنافاته لمقتضی العقد، إذ لیس فی عقد المضاربة ما یقتضی عرفاً ملک الفسخ، حتی یکون شرط عدم ملک الفسخ مخالفاً لمقتضی العقد.

(۱) هذا إن تمَّ فإنما یتم بالنسبة إلی شرط أن لا- یملک، یعنی: أن إطلاق المضاربة بلا شرط یقتضی أن یکون لکل من الطرفین الفسخ، أما مع الشرط فلا تقتضی ذلک، و حینئذ لا مانع من صحة الشرط أما بالنسبة إلی شرط عدم الفسخ فلا یتم، و لا مجال له، لأن عدم الفسخ لا- یرتبط بإطلاق العقد و لا بتقییده، کما لعله ظاهر بالتأمل. فالجواب یناسب الاستدلال بالنسبة إلی شرط عدم ملک الفسخ، لا بالنسبة إلی شرط عدم الفسخ.

(۲) هذه الدعوی مذکورة فی کلام بعض من قارب عصرنا. قال فی الحدائق فی کتاب الدین: «المشهور أن القراض من العقود الجائزة التی یجوز الرجوع فیها من الطرفین، بل ادعی علیه الإجماع. و علی هذا فلو شرط التأجیل فیه لم یلزم. و بذلک صرحوا أیضاً. و کذا کل شرط سائغ». و قال فی الریاض فی شرح قول ماتنه فی کتاب المضاربة «و لا یلزم فیها اشتراط الأجل»: «هذه العبارة تحتمل معنیین .. (إلی أن قال): الثانی: أن الأجل المشترط فیها حیث کان غیر لازم بل جائز، یجوز لکل منهما الرجوع، لجواز أصله، بلا خلاف کما مضی، فلن یکون الشرط المثبت فیه جائزاً بطریق أولی». و هذا المضمون ربما یحتمل من کلام جماعة، ففی جامع المقاصد: «قال الشیخ فی المبسوط:

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۲۶۵

.....

إذا دفع إلیه ألفاً قراضاً علی أن یدفع إلیه ألفاً بضاعة، بطل الشرط، لأن العامل فی المضاربة لا یعمل عملا بغیر جعل .. (إلی أن قال):

قال الشیخ: و لو قلنا القراض و الشرط جائز لا یلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا یلزم القیام بها کان قویاً .. (إلی أن قال فی جامع المقاصد):

و صرح فی التحریر: بأنه لا یلزم الوفاء به، و هو حق، لأن العقد جائز من الطرفین». و یحتمل أن یکون مراده عدم وجوب الوفاء لجواز

فسخ العقد فيسقط الشرط، لا مع بقاء العقد. و في جامع المقاصد في شرح قول ماتنه:

«و لا يصح التأجيل فيها»- يعني: في الشركة-: «المراد بصحته ترتب أثره عليه، و هو لزومها إلى الأجل و إنما لم يصح لأنها عقد جائز فلو شرط التأجيل كان لكل منهما فسخها متى شاء»، و نحوه في المسالك في شرح قول ماتنه: «و لو شرط التأجيل في الشركة لم يصح».

و يحتمل أن يكون مرادهما أنها جائزة على نحو لا تلزم بالشرط فيكون بطلان الشرط لأجل ما دل على جوازها، لا لأنه شرط في عقد جائز. و لذلك علله في الجواهر بقوله: «لما عرفت من الإجماع على كونها عقداً جائزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة، فلا يلزم الشرط المذكور فيها» و هذا الاحتمال هو الأقرب، إذ لو كان المراد الأول كان اللازم التعبير بأنها عقد جائز و الشرط في العقد الجائز جائز. (و دعوى): أنه لو كان المراد الثاني كان اللازم بناؤهم على بطلان شرط التأجيل في عقد آخر مع أن بنائهم على صحته. (مدفوعة): بإمكان كون التفصيل بين المقامين مبنياً على أمر آخر اعتقدوه: و حينئذ فكأن هذه الكلية- أعني: عدم لزوم الشرط في العقد الجائز- لا أثر لها في كلام الأصحاب.

قال في القواعد في كتاب القراض: «و هو عقد قابل للشروط الصحيحة»، و في جامع المقاصد: «لا مزية لهذا العقد في ذلك، بل

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢۶۶

.....

كل عقد قابل لذلك». و الظاهر من الشروط الصحيحة ما يلزم العمل بها و يترتب الأثر على مضمونها و قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه، فالوجه صحة الشرط». و في جامع المقاصد: «حكى عن الشيخ بطلان الشرط إذا اشترط في المضاربة أن يدفع إليه ألفاً بضاعة، لأن العامل في المضاربة لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض ..». و قال في القواعد في كتاب الشركة:

«و لو شرطا التفاوت مع تساوي المالين، أو التساوي مع تفاوتهما، فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة للعامل أو للآخر و قيل: تبطل إلا أن تشترط الزيادة للعامل» و نحوه في الشرائع. فالقائل بالصحة لا يراها منافية لجواز العقد، و القائل بالبطلان لم يستند إلى جواز العقد و عدم صحة الشرط في العقد الجائز، بل استند إلى أمر آخر. و في التذكرة: لو شرط في المضاربة أن يعطيه بهيمة يحمل عليها جاز لأنه شرط سائغ لا ينافي الكتاب و السنة، فوجب الوفاء به، عملا

بقوله (ع): «المسلمون عند شروطهم» «١».

و بالجملة: ملاحظة كلماتهم في الشروط في العقود الجائزة- مثل الشركة و المضاربة و العارية و غيرها- و بناؤهم على صحة بعض الشروط فيها و على بطلان البعض الآخر، لأمور ذكروها مع عدم تعرضهم للقاعدة المذكورة، و جعلها منشأ لبطلان بعضها، أو مخصصة بالنسبة إلى الصحيح منها، دليل على عدم بنائهم عليها و ما في بعض الكلمات المتقدمة و نحوها محمول على خلاف ظاهره، أو أنه رأي خاص للقائل نفسه.

نعم قال في الجواهر في هذا المقام: «إنما الكلام في حكمه

---

(١) الوسائل باب: ۶ من أبواب الخيار حديث: ١، ٢، ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢۶٧

.....

(یعنی: حکم الشرط بالنسبة إلی وجوب الوفاء به و عدمه) فیحتمل الأول، لکن بمعنی الوجوب المشروط بالبقاء علی العقد و عدم إنشاء فسخه لکونه حینئذ کنفس مقتضی العقد، إذ هو من توابعه. و بهذا المعنی یندرج فی قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۱» .. (إلی أن قال):

و یحتمل الثانی، لا- بمعنی تسلطه علی فسخ العقد، بل علی معنی عدم وجوب الوفاء به و إن لم یفسخ العقد: للأصل السالم عن معارضة الآیة ..

(إلی أن قال): و لعل هذا هو مراد الشیخ و الفاضل فی التحریر من المحکی عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد، إذ هو کما تری لا دلیل علیه، بل المعلوم خلافه، ضرورة کون الشرط أولی من مقتضی العقد الذی لا یجب الوفاء به و إن لم یفسخ العقد، فان من استودع أو وکل أو أعار أو ضارب- أی جاء بعقد من هذه العقود- لا یجب علیه الوفاء بمقتضی ذلک، فیأخذ الودیعة مثلا، و یفعل کل ما وکل، و یتناول العاریة و یأخذ عین مال القراض، فالشرط أولی. و منه یعلم حینئذ أنه هو مراد الشیخ و الفاضل فیما ذکراه من عدم لزوم الوفاء به. و هو لا یخلو من قوة».

و ما ذکره (قده) من أنه مراد الشیخ و الفاضل فی التحریر غیر ظاهر، فان الشیخ (قده) قد علل البطلان بما ذکر، ثمَّ علل الجواز: بأن البضاعة لا یجب القیام بها و ظاهره أن الوجه فی الجواز امتناع وجوب البضاعة، لا کون الشرط فی عقد جائز، و الفرق بین البطلان و بین الجواز الذی اختاره:

أن مقتضی البطلان أن لو جاء المشروط علیه بالشرط استحق العوض، کما هو الملاک فی ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، بخلاف الجواز، فإنه لا یستحق کما لو فعل ما وعد به، فإنه لا یستحق علی الموعود عوضا. و أما العلامة فی

(۱) المائدة: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۶۸

.....

التحریر فلم یعلم منه الوجه فی عدم وجوب الوفاء به، و من القریب أن یکون هو الوجه فیما ذکره الشیخ، و إلا- فقد ذکر جملة من الشروط فی عقد المضاربة و غیره و صححها و لم یتعرض فیها لما ذکر، فلو کان الشرط فی العقد الجائز لا یجب الوفاء به و إن لم یفسخ العقد لم یکن وجه للبناء علی صحة الشروط الأخری المذکورة فی کتابی الشرکة و المضاربة و غیرهما. و بالجملة:

فکلمات الأصحاب خالیة عن التعرض لهذه القاعدة، و یظهر منهم عدم البناء علیها، و لزوم العمل بالشروط و إن کانت فی عقد جائز، و العبارات السابقة لا بد من حملها علی غیر هذا المعنی، و إلا لم یکن وجه لبنائهم علی صحة جملة من الشروط المذکورة فی العقود الجائزة، و تمسکهم علی صحتها بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط. فلاحظ ما تقدم عن القواعد من قوله فی کتاب القراض: «و هو عقد قابل ..»، و ما تقدم فی شرحه من جامع المقاصد.

و کیف کان فالذی یمکن أن یکون وجهاً لهذه القاعدة أمور. (الأول) الأولویة المشار إلیها فی عبارتی الریاض و الجواهر. و فیه: أنها لا تخلو من خفاء، فلا تصلح للإثبات. (الثانی): أن دلیل الجواز یدل علی جواز العقد بتوابعه و الشرط من توابعه. و قد یظهر ذلک من عبارة المسالک الآتیة.

و فیه: أنه غیر ظاهر، فان دلیل الجواز هو الإجماع، و المتیقن منه یختص بالعقد و لا یشمل توابعه. (الثالث): أنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد للزم الالتزام به و لو مع فسخ العقد، و لا قائل به.

و فیه: أن دلیل لزوم الشرط یختص بما کان فی العقد، فاذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذی هو موضوع اللزوم. (الرابع): أن جواز الشرط

مقتضی الأصل کما أشار إلی ذلک فی الجواهر فی عبارته المتقدمهٔ، و فیه:

أن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا یراد منه الوجوب التکلیفی، بل

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۶۹

ممنوعهٔ (۱). نعم یجوز فسخ العقد، فیسقط الشرط (۲)، و إلا فما دام العقد باقیاً یجب الوفاء بالشرط فیه (۳)، و هذا إنما یتم فی غیر الشرط الذی مفاده عدم الفسخ. مثل المقام، فإنه یوجب لزوم ذلک العقد (۴). هذا و لو شرط عدم فسخها

الإرشادی إلی نفوذ العقود و الشروط، و کذلک وجوب الوفاء بالنذر فالشک فی الحقیقهٔ فی اللزوم و الجواز یرجع إلی الشک فی جواز الفسخ و عدمه، و الأصل عدم ترتب الأثر علی الفسخ. و کأنه لذلک لم یتعرض لها الأصحاب، و کأن بنائهم علی خلافها، و شیخنا الأعظم فی مکاسبه لم یتعرض لذکرها مع أنه أطال فی ذکر مباحث الشروط و ما یتعلق بها.

نعم فی المسالک- فی شرح قول ماتنه فیما إذا اشترط فی المضاربهٔ أن یأخذ مالًا آخر بضاعهٔ: «و لو قیل بصحتهما (یعنی:- صحهٔ المضاربهٔ و صحهٔ الشرط) کان حسناً» قال: و القراض من العقود الجائزهٔ لا یلزم الوفاء به، فلا یلزم الوفاء بما شرط فی عقده، لأن الشرط کالجزء من العقد فلا یزید علیه» و الاستدلال بما ذکر مشکل کما عرفت. و لذا قال بعد ذلک: «و الذی تقتضیه القواعد أنه یلزم العامل الوفاء به، و به صرح فی التحریر، فمتی أخل به تسلط المالک علی فسخ العقد و إن کان ذلک له بدون الشرط، إذ لا یمکن هنا سوی ذلک». و الذی یظهر من مجموع کلامه أن القاعدهٔ المذکورهٔ لا أصل لها فی کلامهم و إنما تذکر کوجه من الوجوه الذی تختلف فیها العلماء. فلاحظ.

(۱) قد عرفت وجهه.

(۲) لعدم لزوم العمل بالشروط الابتدائیهٔ، کالوعد.

(۳) لعدم ترتب الأثر علی الفسخ، للأصل کما عرفت.

(۴) إذا کان وجود العقد شرطاً فی لزوم العمل بالشرط امتنع أن

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۰

فی ضمن عقد لازم آخر فلا إشکال فی صحهٔ الشرط (۱) و لزومه. و هذا یؤید ما ذکرنا من عدم کون الشرط المذکور منافیاً لمقتضی العقد (۲)، إذ لو کان منافیاً لزم عدم صحته فی ضمن عقد آخر أیضاً (۳).

یکون لزوم العمل بالشرط مقتضیاً لوجود العقد و مانعاً من فسخه، لما تحرر فی محله من أن الوجوب المشروط لا یقتضی وجود شرطه. و بالجملهٔ:

شرط عدم فسخ العقد یمتنع أن یکون موجباً للزوم العقد و امتناع فسخه، لأن لزوم عدم الفسخ یتوقف علی وجود العقد، فلا یتوقف علیه وجود العقد. و من ذلک یظهر بطلان شرط التأجیل فی جمیع العقود الجائزهٔ، کالشرکهٔ، و المضاربهٔ، و الوکالهٔ، و غیرها، لأن شرط التأجیل راجع الی شرط عدم الفسخ إلی الأجل، و قد عرفت بطلانه.

(۱) نفی الاشکال غیر ظاهر. نعم صرح بعضهم بصحته و بطلان اشتراطه فی ضمن عقد المضاربهٔ. و بعض الوجوه المذکورهٔ فی وجه عدم صحته فی ضمن عقد المضاربهٔ مطرد فی ضمن غیره.

(۲) قد عرفت أن من ذکر هذا الوجه أراد بالشرط شرط عدم ملک الفسخ لا شرط عدم الفسخ، و إن کان الأول أیضاً غیر مناف لمقتضی العقد، و إنما هو مخالف للکتاب، فیبطل ذلک.

(۳) کذا فی الجواهر. لکن قد عرفت آنفاً أن بطلان الشرط المنافی لمقتضی العقد لامتناع قصده مع قصد العقد، و لذلک یبطل العقد

أيضاً، بخلاف الشرط المخالف للكتاب فان بطلانه لصرف المخالفة للكتاب. و لأجل ذلک لا فرق فی بطلانه بین أن یکون فی العقد الجائز و العقد اللازم، إما المنافی فإنما ینافی مقتضی العقد الجائز، و لا ینافی مقتضی العقد اللازم، فلا مانع من صحته إذا کان فی عقد لازم. اللهم الا أن یقال: الشرط

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۱

و لو شرط فی عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخری (۱) سابقة صح، و وجب الوفاء به (۲)، إلا أن یفسخ هذه المضاربة، فیسقط الوجوب. کما أنه لو اشترط فی مضاربة مضاربة أخری فی مال آخر، أو أخذ بضاعة منه، أو قرض أو خدمة، أو نحو ذلک، وجب الوفاء به (۳) ما دامت المضاربة باقیة، و إن فسخها سقط الوجوب. و لا بد أن یحمل ما اشتهر من أن الشروط فی ضمن العقود الجائزة غیر لازمة الوفاء (۴)

المنافی لمقتضی العقد و ان کان واقعاً فی ضمن عقد آخر أیضاً یکون من الشرط المنافی للکتاب، لأن دلیل صحة العقد الآخر یقتضی ثبوت مقتضاه، فاشتراط خلافه مخالف للمشروع، فیبطل.

(۱) الکلام فیه هو الکلام فیما لو اشترط فی العقد اللازم و ان اختلفا فی الجهة المذکورة فی المتن.

(۲) الوجه الذی ذکرناه سابقاً لبطلان شرط عدم الفسخ لا یأتی هنا، کما هو ظاهر، فیتعین البناء علی الصحة هنا.

(۳) قال فی القواعد: «و لو شرط علی العامل المضاربة فی مال آخر أو یأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو یخدمه فی شیء بعینه، فالوجه صحة الشروط». و قال فی جامع المقاصد فی شرحه: «وجه الصحة عموم قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «۱» و

قوله (ع): «المسلمون عند شروطهم» «۲»

، و لیس الشرط محرماً، و لا منافیاً لمقتضی العقد. قال الشیخ فی المبسوط ..» الی آخر ما نقلناه عنه فی الحاشیة السابقة.

(۴) قد عرفت أن نسبة ذلک إلی الشهرة غیر ظاهرة.

---

(۱) المائدة: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۶ من أبواب الخیار حدیث: ۱، ۲، ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۲

علی هذا المعنی، و إلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد علی حاله، کما اختاره صاحب الجواهر (۱)، بدعوی: أنها تابعة للعقد لزوماً و جوازاً، بل مع جوازه هی أولی بالجواز، و أنها معه شبه الوعد. و المراد من قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللازمة منها، لظهور الأمر فیها فی الوجوب المطلق (۲).

و المراد من

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم»

بیان صحة أصل الشرط: لا اللزوم و الجواز. إذ لا یخفی ما فیه.

[(مسألة ۳): إذا دفع إلیه مالا و قال: اشتر به بستاناً مثلا، أو قطیعاً من الغنم]

(مسألة ۳): إذا دفع إلیه مالا و قال: اشتر به بستاناً مثلا، أو قطیعاً من الغنم، فان کان المراد الاسترباح بهما بزیادة القیمة صح مضاربة، و إن کان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراک ففی صحته مضاربة وجهان، من أن الانتفاع بالنماء لیس من التجارة، فلا یصح، و من أن

حصوله یکون بسبب الشراء،

(۱) تقدمت عبارة الجواهر الدالة على مختاره.

(۲) یعنی: فیتعین حملها على العقود اللازمة، و تخرج منها العقود الجائزة، التی منها ما نحن فیه: ما أشرنا إلیه آنفاً من أن قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و

قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم» «۱»

و نحوهما لیس فی مقام جعل الحکم التکلیفی، و الا لزم ترتب عقابین على البائع إذا امتنع عن تسلیم المبیع إلى المشتری، عقاب الغصب و العدوان على مال الغیر، و عقاب مخالفة وجوب الوفاء، و لا یمکن الالتزام بذلک فیتعین أن یکون المقصود منها الإرشاد إلى صحة العقد و الشرط و النذر،

---

(۱) الوسائل باب: ۲۰ من أبواب المهور حدیث: ۴، مستدرک الوسائل باب: ۵ من أبواب الخیار حدیث: ۷.

فیکون بالتجارة و الأقوى البطلان (۱) مع إرادة عنوان المضاربة إذ هی ما یکون الاسترباح فیه بالمعاملات و زیادة القیمة، لا مثل هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زیادة القیمة (۲).

و مقتضى العموم الأزمانی عموم الصحة بحسب الازمان، فیدل على اللزوم، و عدم ترتب أثر على الفسخ لو وقع، و قد خرج من ذلک نفس العقد الجائز، لما دل على الجواز و ترتب أثر الفسخ، و بقی الشرط الوقع فی ضمنه على حاله، فلا یحتاج فی إثبات اللزوم الى الوجوب التکلیفی، و لو فرض الاحتیاج إلیه فالخارج عن عموم الآیة نفس العقد، دون الشرط فی ضمنه.

(۱) قال فی القواعد: «و لو شرط أن یشتری أصلا یشترکان فی نمائه- کالشجر و الغنم- فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف فی رأس المال»، و فی جامع المقاصد: «و لأن مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة، و لیس موضوع النزاع کذلک، فلا یصح القراض علیه. و هو الأصح». و لم یتضح الفرق بین التعلیلین. و فی الشرائع بعد ما حکى القول بالفساد قال: «و فیه تردد»، و فی جامع المقاصد: «و یحتمل ضعیفاً الصحة. لأن ذلک حصل بسعی العامل، و هو شراؤه الشجر و الغنم، و ذلک من جملة الاسترباح بالتجارة، و ضعفه ظاهر، لأن الحاصل بالتجارة هو زیادة القیمة لما وقع علیه العقد، لا نماؤه الحاصل مع بقاء عین المال، و العمدة: عدم الدلیل على صحة المضاربة فی المقام و مفهومها العرفی یأباه.

و لذا لم یعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا، کما فی الجواهر، و الأصل عدم ترتب الأثر.

(۲) قال فی الجواهر: «لو قال له اشتره و ما یحصل من ارتفاع قیمته و من نمائه فهو بیننا» فالأقوى الصحة، لإطلاق الأدلة. کما انه

و إن لم یکن المراد خصوص عنوان المضاربة فیمکن دعوى صحته للعمومات (۱).

لو اتفق نماء أعیان المضاربة قبل بیعها شارک فی النماء قطعاً، ثمَّ قال:

«و بذلک ظهر لک أن لشرکة العامل فی النماء صوراً ثلاثة، أحدها: معلومة الصحة، و الثانیة: مظنونة، و الثالثة: شک فی شمول الإطلاق لها، و الأصل الفساد» و یرید بالمعلومة صورة تحقق النماء من باب الاتفاق، و هی التی ذکرها ثانیاً فی کلامه، و المظنونة صورة التعرض له فی العقد مضافاً إلى الربح، التی ذکرها أولا فی کلامه. و کان الأولى العکس لأنه إذا حصل النماء من باب الاتفاق، و لم یکن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعدة تقتضی کونه للمالک، لأنه نماء ملکه و لا وجه لمشارکة العامل فیه، بخلاف صورة

التعرض له، فإنه یکون کالشرط فی المضاربة، و لا وجه للتوقف فی صحته. و المصنف اقتصر علی هذه الصورة، و لم یتعرض للصورة الأخری، و فی المسالک ذکر ما یشمل الصورتین قال: «و اعلم أن المنع إنما هو فی حصر الربح فی النماء المذکور- کما تقتضیه هذه المعاملة- و إلا فلا یمنع کون النماء بینهما و یحتسب من جملة الربح علی بعض الوجوه، کما إذا اشتری شیئاً له غلة، فظهرت غلته قبل أن یبیعه، فإنها تکون بینهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم یحصراه فیها لإمکان تحصیله من أصل المال». و بالجملة: إذا لم یتعرضا للنماء فاللازم کونه للمالک، إلا أن یکون ملحوظاً إجمالا تبعاً. و لعله مراد الجواهر فی الصورة الثانیة فی کلامه، فیکون الاشتراک فیه شرطاً إجمالیاً فی المضاربة، فی مقابل الصورة الأولی فی کلامه التی یکون الاشتراک فیه شرطاً مصرحاً فی ضمن العقد.

(۱) فإنها کافیة فی إثبات الصحة. و احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف، فلا یشمل المقام. ممنوع، کما تقدم نظیر ذلک.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۵

[(مسألة ۴): إذا اشترط المالک علی العامل أن یکون الخسارة علیهما کالربح]

(مسألة ۴): إذا اشترط المالک علی العامل أن یکون الخسارة علیهما کالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففی صحته وجهان (۱) أقواهما الأول، لأنه لیس شرطاً منافیاً لمقتضی العقد- کما قد یتخیل- بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه کون الخسارة علی المالک و عدم ضمان العامل إلا مع التعدی، أو التفریط.

[(مسألة ۵): إذا اشترط المالک علی العامل أن لا یسافر]

(مسألة ۵): إذا اشترط المالک علی العامل أن لا یسافر مطلقاً أو إلی البلد الفلانی أو إلا إلی البلد الفلانی، أو لا یشتری الجنس الفلانی، أو إلا الجنس الفلانی، أو لا یبیع من زید مثلا، أو إلا من زید، أو لا یشتری من شخص، أو إلا من

---

(۱) بل قولان أحدهما العدم، و قد تقدم ما فی القواعد من قوله:

«و لو اشترط ما ینافیه فالوجه بطلان العقد، مثل أن یشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران ..»، و فی جامع المقاصد: «وجه البطلان أن هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضی العقد شرعاً، فیبطل العقد بها لأن التراضی المعتبر فیه لم یقع إلا علی وجه فاسد، فیکون باطلا. و یحتمل ضعیفاً صحة العقد و بطلان الشرط، لأن بطلان أحد المتقارنین لا یقتضی بطلان الآخر. و جوابه أن التراضی فی العقد شرط، و لم یحصل إلا علی الوجه الفاسد. فیکون غیر معتبر، فیفوت شرط الصحة». و کأنه لوضوح منافاة الشرط للعقد لم یتعرض لبیان وجهها و تعرض لوجه ابطال الشرط الباطل للعقد.

لکن فی الجواهر: أن جمیع هذه الأمور من الأحکام أو ما هو مقتضی إطلاق العقد، لا أنها من منافیاً مقتضاه التی تعود علیه بالنقض

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۶

.....

فتأمل جیداً. انتهی. و کأنه یرید بالأحکام الأحکام غیر الاقتضائیة، و إلا فالأحکام الاقتضائیة لا یصح اشتراط خلافها، لأن الشرط المخالف للکتاب باطل. و بالجملة: قد أشرنا فی المسألة السابقة إلی أن الشرط المخالف لمقتضی العقد تارة: یکون مخالفاً لمضمونه، و أخری: یکون مخالفاً للوازمه العرفیة، و ثالثة: یکون مخالفاً لاحکامه الشرعیة الاقتضائیة. و کون شرط الضمان أو شرط تحمل الخسارة من أحد الأقسام المذکورة غیر ظاهر، بل من الواضح أنهما غیر مخالفین لمضمون المضاربة و لا للوازمها العرفیة. نعم قد

یتوهم مخالفتهما لما دل على عدم ضـمان الأمین. لکنه ممنوع لاحتمال أن عدم ضمان الأمین لعدم المقتضی، لا لمقتضی العدم، و مع الاحتمـال یبنی على صـحة الشـرط المخـالف له، لعـدم ثبوت کونه مخالفـاً للکتاب، و الأصل العـدم. بل الظاهر المفهوم عرفاً أن عـدم ضمانه لعدم المقتضی، و حینئذ لا تضر مخالفته للشرط.

نعم

فی مصحح إسحاق بن عمار عن أبی الحسن (ع) قال: «سألته عن مال المضاربة قال (ع): الربح بینهما و الوضیعة على المال» «۱»

، و

صحیح الحلبی عن أبی عبد اللّه (ع) أنه قال: «المال الذی یعمل به مضاربة له من الربح، و لیس علیه من الوضـعیة شیء، إلا أن یخالف أمر صاحب المال» «۲»

، و نحوه روایة الکنانی عن أبی عبد اللّه (ع)

«۳» و ظاهر الروایات المذکورة أن عدم ضـمان العامل للخسارة من أحکام المضاربة فیکون الشـرط مخالفاً للکتاب، و مخالفاً لمقتضی العقد شرعاً.

اللهم إلا أن یقال أیضاً: إن الحکم المذکور لعدم المقتضی فلا ینافیه الشرط.

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب المضاربة حدیث: ۵.

(۲) الوسائل باب: ۱ من أبواب المضاربة حدیث: ۴.

(۳) الوسائل باب: ۱ من أبواب المضاربة حدیث: ۳.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۷۷

.....

اللهم إلا أن یقال الاستثناء فی روایتی الحلبی

و الکنانی

یقتضـی عـدم الضـمان حتى بملاحظة العناوین الثانویة، فیدل على عدم تحمل الخسارة مطلقاً فی غیر المسـتثنى حتى مع الشـرط، فیدل على عدم صـحة شـرط الضـمان و تدارک الخسارة تعبداً، لا من جهة کونه مخالفاً لمقتضـی العقد شـرعاً. اللهم إلا أن یکون منصـرف النصوص الجعل الشرعی، لا جعل المالک، کما هو مورد الکلام، و هو غیر بعید جمعاً بین النصوص المذکورة و عموم نفوذ الشـروط و حینئذ لا مانع من اشتراط تدارک الخسارة کلا أو بعضاً.

هذا و

فی حسن الکاهلی عن أبی الحسن موسـى (ع): «فی رجل دفع إلى رجل مالًا مضاربة، فجعل له شیئاً من الربح مسمى، فابتاع المضارب متاعاً فوضع فیه. قال (ع): على المضارب من الوضیعة بقدر ما جعل له من الربح» «۱»

: لکنه متروک الظاهر. و

فی صـحیح محمـد ابن قیس عن أبی جعفر (ع) فی حـدیث إن علیـاً (ع) قال: «من ضـمن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله (المال. خ ل) و لیس له من الربح شیء» «۲»، و فی بعض طرقه: «من ضمن مضاربة».

و ظاهره أن شرط الضمان صحیح لکنه مانع من استحقاق الربح للمالک، فیکون من قبیل ما أرسل

عن النبی صلى اللّه علیه و آله: «الخراج بالضمان»

[۱]

[۱] هکذا روی فی کتب أصحابنا و قد أمر سیدنا المؤلف- قدس سره- بالفحص عن سند الحدیث و متنه فی کتب الجمهور، لأنه من روایاتهم و قد ظهر أنه مروی فی صحیح الترمذی فی (ج ۵ صفحة ۲۸۵) هکذا: (حدثنا محمد بن المثنی حدثنا عثمان بن عمر و أبو عامر العقدی عن ابن أبی ذئب عن مخلد ابن خفاف عن عروة عن عائشة: ان رسول اللّه (ص) قضی أن الخراج بالضمان) و نحوه فی (الجزء ۵ صفحة ۲۸۶) بسند آخر. و رواه فی سنن أبی داود (الجزء ۲ صفحة ۲۵۵) هکذا: (حدثنا إبراهیم بن مروان-

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب المضاربة حدیث: ۶.

(۲) الوسائل باب: ۴ من أبواب المضاربة حدیث: ۱.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۸

شخص معین، أو نحو ذلک من الشروط، فلا یجوز له المخالفة (۱)،

و هو مذهب المخالف، و غیر معمول به، و لا معول علیه عندنا. و حمل فی الوافی و غیره علی أنه یکون المال قرضاً. و هو- مع أنه خلاف الظاهر منه- مخالف للقواعد.

و المتحصل: أن المنع من شرط الضمان و تدارک الخسارة لا یقتضیه ما دل علی عدم ضمان الأمین، لأنه حکم غیر اقتضائی، فشرط خلافه لا یکون مخالفاً للکتاب. و لا روایة إسحاق و نحوها مما ورد فی خصوص المضاربة، لما ذکر أیضاً. و لا إطلاق صحیح الحلبی لأن منصرفه خصوص جعل الشارع، فلا یشمل جعل العاقد، و لا

قوله (ع): «من ضمن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله و لیس له من الربح شیء»

لأنه یدل علی صحة الشرط لا بطلانه. فالعمل بإطلاق ما دل علی صحة الشروط محکم.

(۱) نص علی ذلک فی الشرائع و القواعد و غیرهما، و فی المسالک:

«لا خلاف عندنا فی جواز هذه الشروط و لزومها و إن ضاقت بسبب هذه التجارة». ثمَّ إن عدم الجواز (تارة): یکون تکلیفیاً، بأن تصرف تصرفاً عینیاً ممنوعاً منه من المالک. و دلیله ما دل علی عدم جواز التصرف فی مال أحد إلا بإذنه، مثل التوقیع المشهور «۱»، و نحوه (و تارة):

- حدثنا أبی حدثنا مسلم بن خالد الزنجی حدثنا هشام بن عروة عن أبیه عن عائشة (رض) ان رجلا ابتاع.

علاماً فأقام عنده ما شاء اللّه أن یقیم ثمَّ وجد به عیباً فخاصمه إلی النبی (ص) فرده علیه فقال الرجل:

یا رسول اللّه قد استغل غلامی فقال رسول اللّه (ص): الخراج بالضمان) و مورد الأخیر الضمان العقدی الراجع الی التملک بالثمن لا الضمان الشرعی المتقوم بکون الشیء فی عهدة الضامن و علیه درکه، کضمان الید. و قد حکی عن أکثر فقهائهم تخصیص القاعدة بالضمان العقدی، و تعمیمها الی الضمان الشرعی مختص بالحنیفیة. لکن المحکی عنهم انهم استدلوا علیها بوجه اعتباری لا بالحدیث. فراجع ..

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب الأنفال و ما یختص بالإمام من کتاب الخمس حدیث: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۷۹

و إلا ضمن المال لو تلف (١) بعضاً أو كلًا، و ضمن الخسارة مع فرضها. و مقتضى القاعدة و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية (٢)،

يكون وضعياً كما إذا كان التصرف الممنوع منه من المالك اعتبارياً، كما إذا قال له: لا تبع على زيد فباع عليه. و حينئذ لا يكون مأثوماً بالبيع، و لا فاعلا للحرام، و انما كان تصرفه باطلا، لا غير. و دليله عموم قاعدة السلطنة. و من ذلك يظهر الإشكال فى الاستدلال على المقام بالقاعدة، فإنها لا عموم فيها للتصرف العينى، الذى هو موضوع الحكم التكليفى.

(١) بلا خلاف و لا اشكال. و يقتضيه النصوص الكثيرة، منها صحيح الحلبى

و رواية الكنانى

المتقدمان، و

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال. «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج.

قال (ع): يضمن المال و الربح بينهما» «١»

و نحوها غيرها.

(٢) القيود التى تذكر فى المضاربة (تارة): تكون من مقومات المضاربة، مثل المبيع و المثمن و مكان البيع و زمانه و البائع و المشترى و نحو ذلك و هذه لا تكون إلا قيوداً للمجعول و هو المضاربة، لا مجعولة بجعل مستقل لتعذر ذلك فيها، فاذا قال له: اشتر الغنم، أو فى السوق الفلانى، أو فى النهار، أو فى الليل، أو لا تبع على زيد، أو لا تشتر من زيد، أو بتوسط الدلال الفلانى، أو نحو ذلك، فهذه قيود المضاربة أخذت قيداً للمجعول، لا أنها مجعولة بجعل مستقل فى ضمن المضاربة، لامتناع جعلها لأنها عينية لا تقبل الجعل، و جعلها فى ضمن جعل المفهوم بمثل قوله:

و عليك أن تشترى الغنم، راجع الى تقييد المفهوم، لا جعل شيء فى ضمن جعل المفهوم، فهو إذاً قيد لا شرط (و تارة): لا تكون مقومة للمضاربة

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ١.

مستمسک العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٢٨٠

.....

بل خارجة عنها، مثل أن يقول: لا تحمل المال معك، أو لا تنقد الثمن فى مجلس البيع، أو اقرأ سورة من القرآن وقت البيع، أو نحو ذلك.

و هذا القسم (تارة): يكون ملحوظاً قيداً للمضاربة، كأن يقول: بع و أنت تقرأ القرآن، أو تذكر اللّه تعالى (و أخرى): يكون ملحوظاً شرطاً فى ضمن المضاربة، مجعولا بجعل مستقل، بأن يقول: و اشترطت عليك أن تقرأ القرآن وقت البيع (و ثالثة): أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل، و لا قيداً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة، مثل أن يقول: احمل النقد فى هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة. أما ما أخذ قيداً للمضاربة- سواء كان من مقوماتها أم خارجاً عنها- فهو على قسمين: (الأول): ما يؤخذ قيداً فى مقام الواقع، كما إذا قال له: لا تتجر بالأكفان، أو لا تبع و أنت جنب فلا ينبغى التأمل فى عدم صحة المعاملة لو خالف، لأنها غير مأذون فيها من المالك، فصحتها خلاف قاعدة السلطنة، و لا تصح إلا بإجازة المالك.

(الثانى): ما أخذ قيداً فى مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال:

لا تشتر التمر فإنه خطر، فاشتری تمراً و ربح، فالمعاملة و إن کانت غیر مأذون فیها ظاهراً مأذون فیها واقعاً، و لا منافاة بین الأمرین، لعدم التنافی بین الحکم الظاهری و الواقعی. و علیه فالمعاملة صحیحة، و لا تحتاج إلی إمضاء و إجازة. و کذلک تصح المعاملة فیما لم یؤخذ قیداً أو شرطاً مجعولا بجعل مستقل، فإنها حینئذ مأذون فیها و لا خیار للمالک فی الفسخ لعدم المقتضی لذلک، فاذا لم یتخذ حارساً لحفظ ماله أو لم یحمل النقد فی همیان کان مخالفاً لما أمره به المالک، فیکون آثماً و ضامناً، لکن لا خلل فی المعاملة، و لا فی لزومها، و لا خیار للمالک.

و المتحصل مما ذکرنا أمور: (الأول): أن القیود المذکورة فی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۸۱

إذا أجاز المعاملة (۱)، و ثبوت خیار تخلف الشرط علی فرض کون المراد من الشرط الالتزام فی الالتزام (۲)، و کون تمام الربح له علی تقدیر الفسخ، الا أن الأقوی اشتراکهما فی الربح (۳) علی ما قرر، لجملة من الأخبار الدالة علی ذلک (۴)

ضمن عقد المضاربة، تارة: تکون قیوداً للمضاربة، و أخری: تکون شرطاً فیها، و ثالثة: لا تکون قیوداً لها و لا شرطاً فیها. (الثانی): أن المأخوذة قیوداً لا تصح المضاربة بدونها إذا کانت قیوداً واقعیة، و تصح إذا کانت قیوداً ظاهریة (الثالث): أنها إذا لم تکن قیوداً و لا شروطاً تصح المضاربة معها، و لا تحتاج إلی الإجازة من المالک، و إن کان العامل آثماً و ضامناً.

(۱) قد عرفت أنه یختص بالقیود الواقعیة.

(۲) قد عرفت أنه توجد أیضاً صورة ثالثة.

(۳) کما هو المنسوب إلی الأصحاب.

(۴) الأخبار الواردة فی الباب و إن کانت کثیرة، لکن لا یظهر منها ورودها فی صورة کون القید واقعیاً، فقد تقدم صحیح محمد بن مسلم

«۱» و مورده النهی عن الخروج، و نحوه أحد صحاح الحلبی،

«۲» و روایات الکنانی

«۳» و أبی بصیر

«۴» و زید الشحام

«۵»، و النهی عن الخروج لیس من قبیل تقیید المعاملة، بل الظاهر منه أنه من القسم الثالث. و قد تقدم أحد صحاح الحلبی

«۶»، و دلالته علی الاشتراک فی الربح مع المخالفة

---

(۱) راجع صفحة: ۲۷۹.

(۲) الوسائل باب: ۱ من کتاب المضاربة حدیث: ۲.

(۳) الوسائل باب: ۱ من کتاب المضاربة حدیث: ۶.

(۴) الوسائل باب: ۱ من کتاب المضاربة حدیث: ۱۰

(۵) الوسائل باب: ۱ من کتاب المضاربة حدیث: ۱۱.

(۶) راجع صفحة: ۲۷۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۸۲

و لا داعی إلی حملها علی بعض المحامل (۱)،

غير ظاهرة، فضلا عن كون المخالفة فى قيود المعاملة، فلا يكون من أدلة المقام، و نحوه رواية الكنانى «١» الأخرى، و كذلك

صحيح الحلبى الثالث عن أبى عبد اللّه (ع): «أنه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة: له من الربح، و ليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال. فان العباس كان كثير المال، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة، و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، و لا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال» «٢».

و ليس فى الخبرين دلالة على الاشتراك فى الربح مع المخالفة. نعم

فى صحيح جميل عن أبى عبد اللّه (ع): «فى رجل دفع الى رجل مالًا يشترى به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذى أمره. قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرط» «٣».

و لا يبعد أن يكون التقييد فيه من قبيل التقييد فى مقام الظاهر، لا الواقع و على هذا فليس فى الروايات بأجمعها ما هو ظاهر فى الاشتراك فى الربح مع التقييد الواقعى الذى هو خلاف القواعد.

نعم

فى صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع): «فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال (ع): هو ضامن و الربح بينهما» «۴».

فإن إطلاقه يقتضى الاشتراك فى الربح حتى فى القيود الواقعية. لكن الخروج عن القواعد به فى صورة التقييد الواقعى مشكل مع احتمال الحمل على غيره.

(١) فقد ذكر فى الجواهر: أنه يمكن تنزيل النصوص على إرادة بقاء

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٧.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ٩.

(۴) الوسائل باب: ١ من أبواب المضاربة حديث: ۵.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٨٣

و لا إلى الاقتصار على مواردها (١)، لاستفادة العموم من بعضها الآخر (٢).

[(مسألة ۶): لا يجوز العامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره]

(مسألة ۶): لا يجوز العامل خلط رأس المال مع مال آخر (٣) لنفسه أو غيره، إلا مع إذن المالك، عموماً،

الاذن فى المضاربة بأن يكون الغرض من الاشتراط الضمان لا غير، كما يومئ إليه صحيح الحلبى السابق

- يعنى: المتعرض لذكر العباس- فان قوله فى آخره:

«فأنت ضامن ..»

يقتضى الاقتصار فيه على الضمان.

و إلا لقال فأنت ضامن و غیر مأذون فی المعاملة. و لکنه کما تری غیر ظاهر.

(۱) حکاه فی الجواهر عن بعض الناس، و احتمله من الشرائع، حیث اقتصر فیها علی ذکر موردین، قال فیها: «و لو أمره بالسفر إلی جهة فسافر إلی غیرها، أو أمره بابتیاع شیء معین، فابتاع غیره، ضمن، و لو ربح و الحال هذه کان الربح بینهما بموجب الشرط». و المثال الأول مذکور فی صحیح الحلبی

و غیره، و الثانی فی صحیح جمیل

. (۲) لا یظهر وجود العام الدال علی الاشتراک فی الربح مع المخالفة و انما الموجود العام الدال علی الضمان مع المخالفة لا غیر، مثل صحیح الحلبی الأول

و خبر الکنانی

و غیرهما. فالعمدة إذاً ما ذکرناه من التفصیل. فلاحظ.

تنبیه: إطلاق بعض النصوص و الکلمات یقتضی ضمان العامل إذا خالف المالک من غیر فرق بین الموارد. و لکن الذی ینصرف الیه الذهن هو ما إذا خالفه فیما کان من شؤون المال مما کان له الولایة علیه، أما إذا کان خارجاً عن ذلک- کما إذا أمره بصلاة اللیل و نوافل النهار و قراءة القرآن و نحو ذلک، مما لا یرجع إلی المال و إلی المعاملة به، فلم یفعل شیئاً من ذلک- فلا ضمان علیه، لقصور الأدلة علی ذلک.

(۳) نص علی ذلک فی الشرائع، و علله: أنه تصرف غیر مشروع.

کأن یقول: اعمل به علی حسب ما تراه مصلحة، إن کان هناک مصلحة، أو خصوصاً، فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف (۱). إلا أن المضاربة باقیة (۲) و الربح بین المالین علی النسبة.

[(مسألة ۷): مع إطلاق العقد یجوز للعامل التصرف علی حسب ما یراه]

(مسألة ۷): مع إطلاق العقد یجوز للعامل التصرف علی حسب ما یراه (۳)، من حیث البائع، و المشتری، و نوع الجنس المشتری. لکن لا یجوز له أن یسافر من دون إذن المالک (۴)، إلا إذا کان هناک متعارف ینصرف إلیه الإطلاق

و علل فی المسالک: بأنه أمانة لا یجوز خلطها، کالودیعة. و العمدة ما دل علی حرمة التصرف فی مال أحد إلا بإذنه، فإذا لم یکن إذن فی التصرف- عام أو خاص- حرم.

(۱) کما فی المسالک و غیرها. لعدم الاذن فی ذلک الموجب للرجوع إلی عموم: «علی الید ..» و العمدة النصوص المتقدمة.

(۲) کما نص علی ذلک فی المسالک و الجواهر. لما عرفت من أن مثل ذلک لا ینافی بقاء الاذن فی المضاربة.

(۳) عملا بإطلاق الاذن و الأصل الحل و البراءة.

(۴) قال فی القواعد: «لیس للعامل أن یسافر إلا بإذن المالک».

و فی جامع المقاصد: «هو مذهب علمائنا. لأن فیه تغریراً بالمال. و لأنه لا یتبادر من إطلاق العقد و لا یتفاهم منه، لیکون شاملًا له، و للروایات الصریحة فی ذلک عن أهل البیت (ع)، مثل روایة الحلبی عن الصادق (ع)

، و صحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع)

». و دلالة الروایات لا تخلو من نظر، فإنها إنما تعرضت لصورة نهی المالک عن الخروج- کما تقدم-

و إن خالف فسافر فعلى ما مر فى المسألة المتقدمة (۱).

[(مسألة ۸): مع إطلاق العقد و عدم الاذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلک]

(مسألة ۸): مع إطلاق العقد و عدم الاذن فى البيع نسيئة لا يجوز له ذلک (۲)، إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق. و لو خالف فى غير مورد الانصراف، فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالک فهو (۳)، و إن اطلع المالک قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو (۴)، و إلا فالبيع باطل (۵)،

و لم تتضمن النهى عنه. كما تشكل دعوى عدم تبادره من إطلاق العقد، إذ لا مقتضى للانصراف عنه. و كونه تغريراً بالمال كلية غير ظاهر. نعم ربما يكون كذلک، و ربما يكون الحضر كذلک. و كأنه لذلک أهمل ذكره فى الشرائع. فإذاً لا فرق بين السفر و الحضر فى الجواز ما لم تكن قرينة موجبة للانصراف عنه.

(۱) لإطلاق بعض النصوص المتقدمة الشامل للمقام، كما عرفت.

(۲) قال فى التذكرة: «و ليس له أن يبيع نسيئة بدون إذن المالک.

لما فيه من التغرير بالمال، فان خالف ضمن عندنا». و فى المسالک:

أن فيه تغريراً بمال المالک، و أن الأمر فيه واضح. و فيه: أنه غير ظاهر، بل ربما يكون النقد كذلک. فالأولى المنع عن كل منهما إذا كان فيه تغرير بالمال، و الجواز إذا لم يكن، من دون فرق بين أن يكون متعارفاً و أن لا يكون، كما هو ظاهر المختلف و غيره، بل نسب إلى جماعة من متأخرى المتأخرين.

(۳) يعنى: تصح المعاملة، و يكون الربح بينهما، على ما تقدم.

(۴) يعنى: يصح البيع، و يكون الربح مشتركاً.

(۵) لكونه غير مأذون فيه. قال فى الشرائع: «و يقتضى إطلاق الإذن البيع نقداً، بثمن المثل، من نقد البلد. و لو خالف لم يمض إلا

و له الرجوع على كل من العامل و المشترى (۱) مع عدم وجود

مع إجازة المالک». و قال فى المسالک: «إذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلا، بناءً على جواز بيع الفضولى لكن يقف على إجازة المالک، فإن أجاز نفذ ثمَّ إن قدر على تحصيل النسيئة، و إلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة. و إلا وجب الاسترداد مع إمكانه، و لو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد، و لا التفاوت فى صورة النقيصة، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلا، فيضمن للمالک عين ماله، الذى تعدى فيه و سلمه من غير إذن شرعى» و فى التذكرة: «إذا باع نسيئة فى موضع لا يجوز له فقد خالف مطلق الأمر، فيقف على اجازة المالک، لأنه كالفضولى فى هذا التصرف». و كأن المصنف جرى على هذا المجرى. و هو مخالف لما تقدم، من أنه إذا خالف المالک ضمن و الربح بينهما، إذ قد عرفت أنه يقتضى صحة المعاملة من دون توقف على إجازة المالک، للنصوص، فما الذى فرق بين المقامين؟ بل فى الجواهر: أن الصحة فى المقام أولى منها فى صورة المخالفة الصريحة التى هى مورد النصوص بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع فلاحظ. مع أنه على تقدير الفرق لم يكن وجه لقوله: «فان استوفى الثمن قبل اطلاع المالک فهو»، و كان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالک راجع المالک، فإن أجاز فهو، و إلا ردّه على المشترى، لبطلان المعاملة، إذ الموجب للبطلان عدم الاذن، من دون فرق بين اطلاع المالک قبل الاستيفاء و بين الاستيفاء قبل اطلاع المالک.

(۱) قد عرفت أنه بناءً علی بطلان البیع فالعین للمالک، له المطالبة بها من کل من وضع یده علیها، فان کان العامل سلمها إلی المشتری جاز

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۸۷

المال عنـده أو عند مشتر آخر منه (۱)، فان رجع علی المشتری بالمثل أو القیمـة لا یرجع (۲) هو علی العامل، إلا أن یکون مغروراً من قبله (۳) و کانت القیمة أزید من الثمن، فإنه حینئذ یرجع بتلک الزیادة علیه (۴).

للمالک الرجوع علی العامل و علی المشتری، کما فی جمیع موارد تعاقب الأیـدی فإن کان المشتری قـد باعها علی ثالث و سـلمها له، جاز للمالک الرجوع علی العامل و المشتری الأول و المشتری الثانی.

(۱) الـذی یظهر من هـذا القیـد أن العین إذا کـانت موجودة عنـد المشتری أو عنـد مشتر آخر لم یجز للمالـک الرجوع الی العامل، بل یرجع علی من کـانت العین موجودة عنـده. و لکنه غیر ظـاهر الوجه، فـإنه مع تعـاقب الأیـدی یجوز الرجوع إلی کـل واحـد من ذوی الأیـدی المتعاقبة و إن کانت العین موجودة عند بعضـهم، و لا یختص رجوعه بمن کانت العین عنده. إذ الموجب للضـمان الید، و هی حاصلة فی الجمیع. و فی القواعد:

«و للمالک إلزام من شاء»، و فی مفتاح الکرامـة: حکایـة ذلک عن المبسوط و التذکرة و التحریر و جامع المقاصد و غیرها. و لعل هذا الشرط للرجوع بالبدل، لا لأصل الرجوع علی العامل. لکن الشرط حینئذ التعذر، لا عدم وجود للعین.

(۲) یعنی: المشتری. لتأخر یده، کما هو حکم تعاقب الأیدی، فإنه یرجع السابق علی اللاحق، و لا یرجع اللاحق علی السابق.

(۳) یعنی: إذا کان المشتری مغروراً من العامل جاز له الرجوع علیه، لأن المغرور یرجع علی من غره.

(۴) أمـا بمقـدار الثمن فلاـ یرجع به، لإقـدامه علی ضـمانه بالثمن بلا غرور من العامل، و الغرور إنما کان بالزیادة، فإذا فرض أن القیمة التی رجع بها

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۸۸

و إن رجـع (۱) علی العامـل یرجع هو علی المشتری بمـا غرم، إلاـ أن یکون مغروراً منه و کـان الثمن أقـل، فـإنه (۲) حینئـذ یرجع (۳) بمقدار الثمن (۴).

[(مسألة ۹): فی صورة إطلاق العقد لا یجوز له أن یشتری بأزید من قیمة المثل]

(مسألة ۹): فی صورة إطلاق العقد لا یجوز له أن یشتری بأزید من قیمة المثل (۵). کما أنه لا یجوز أن یبیع بأقل من قیمة المثل، و إلا بطل. نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرین لا بأس به (۶).

المالک علی المشتری بمقدار الثمن. فلیس له الرجوع علی العامل بشیء منها.

(۱) یعنی: المالک.

(۲) یعنی: العامل.

(۳) یعنی: علی المشتری.

(۴) إذ لا تغریر من العامل فیه. و أما الزائـد علی مقدار الثمن الذی غرمه للمالک فلا یرجع فیه علی المشتری، لأنه غار له فیه، فاذا رجع علی المشتری بتلک الزیادة رجع المشتری علیه بها، لأنه غارّ له.

و إن شئت قلت: لا یرجع علی المشتری بتلک الزیادة، لأنه غار له فیها، فغرامتها مستندة إلی تغریره لا إلی المشتری.

(۵) کما هو المعروف المصرح به فی جملة کثیرة من کتب الأصحاب.

لما فیه من تضییع المال، المانع من دخوله فی إطلاق الاذن. و کذا ما بعده.

(۶) کما فی المختلف و عن جماعة من متأخری المتأخرین إذ من المعلوم الاذن مع المصلحة. و فی الجواهر: تخصیصه بما إذا کان متعارفاً، أما إذا کان نادراً فلا یدخل فی الإطلاق، لانصرافه الی المتعارف. لکن الانصراف ممنوع، و الإطلاق محکم.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۸۹

[(مسألة ۱۰): لا یجب فی صورة الإطلاق أن یبیع بالنقد]

(مسألة ۱۰): لا- یجب فی صورة الإطلاق أن یبیع بالنقد، بل یجوز أن یبیع الجنس بجنس آخر (۱). و قیل بعدم جواز البیع إلا بالنقد المتعارف (۲). و لا وجه له إلا إذا کان جنساً لا رغبة للناس فیه غالباً (۳).

[(مسألة ۱۱): لا یجوز شراء المعیب]

(مسألة ۱۱): لا یجوز شراء المعیب، إلا إذا اقتضت المصلحة، و لو اتفق فله الرد أو الأرش، علی ما تقتضیه المصلحة.

[(مسألة ۱۲): المشهور – علی ما قیل – أن فی صورة الإطلاق یجب أن یشتری بعین المال]

اشارة

(مسألة ۱۲): المشهور- علی ما قیل- أن فی صورة الإطلاق یجب أن یشتری بعین المال، فلا- یجوز الشراء فی الذمة (۴). و بعبارة أخری: یجب أن یکون الثمن شخصیاً من مال المالک، لا- کلیاً فی الذمة. و الظاهر أنه یلحق به (۵) الکلی فی المعین أیضاً. و علل ذلک: بأنه القدر المتیقن. و أیضاً الشراء فی الذمة قد یؤدی إلی وجوب دفع غیره (۶)- کما إذا

---

(۱) کما قوّاه فی المسالک مع الغبطة. عملًا بإطلاق الاذن.

(۲) کما فی الشرائع و غیرها.

(۳) فلا یکون فیه مصلحة. أما إذا کان فیه مصلحة أیضاً فلا بأس عملًا بإطلاق الاذن.

(۴) قال فی الشرائع: «و کذا یجب أن یشتری بعین المال، و لو اشتری فی الذمة لم یصح، إلا مع الاذن». و فی القواعد: «و ان اشتری فی الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء و لم یجز المالک، و إن ذکر المالک بطل مع عدم الإجازة». و فی الحدائق: أنه صرح بذلک جملة من الأصحاب.

(۵) یعنی: بالشراء بعین المال، لأنه نوع منه.

(۶) هذا و ما بعده ذکرهما فی المسالک.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۹۰

تلف رأس المال قبل الوفاء- و لعل المالک غیر راض بذلک.

و أیضاً إذا اشتری بکلی فی الذمة لا یصدق علی الربح أنه ربح مال المضاربة. و لا یخفی ما فی هذه العلل (۱). و الأقوی- کما هو المتعارف- جواز الشراء فی الذمة (۲) و الدفع من رأس المال. ثمَّ إنهم لم یتعرضوا لبیعه، و مقتضی ما ذکروه وجوب کون المبیع أیضاً

شخصیاً، لا کلیاً. ثمَّ الدفع من الأجناس التی عنده. و الأقوی فیه أیضاً جواز کونه کلیاً. و إن لم یکن فی المتعارف مثل الشراء.

[ثمَّ إن الشراء فی الذمة یتصور علی وجوه]

اشارة

ثمَّ إن الشراء فی الذمة یتصور علی وجوه.

[أحدها: أن یشتری العامل بقصد المالک]

أحدها: أن یشتری العامل بقصد المالک و فی ذمته من

---

(۱) فان العمل بالقـدر المتیقن إنما یکون مع عدم الإطلاق، أما مع الإطلاق فالعمل به متعین. و وجوب دفع غیره لیس محذوراً إذا کان مقتضی الإطلاق، و إذا کان الشراء بالمال یشمل الشراء بالذمة فقد صدق أن الربح للمال لتبعیة ذلک لما ذکر.

(۲) کما مال إلیه فی الجواهر و احتمل إرادة الأصحاب من المنع صورة الشراء فی الذمة مع إرادة الرجوع إلیه بغیر مال المضاربة. و فی الریاض: «و یمکن تنزیل إطلاق کلام الأصـحاب علیه بصـرفه الی غیر صورة غلبـة ذلک (یعنی: مراد الأصـحاب من لزوم الشـراء بعین المال صورة ما إذا لم یکن الغالب و المتعارف ذلک) أما إذا کان الغالب و المتعارف ذلک فقد جاز الشراء بالذمة»، إذ المتعارف مانع من حمل الإطلاق علی غیره. بل قیل: یکون موجباً لحمل الإطلاق علیه بالخصوص. لکن الأظهر العمل بالإطلاق فی الجمیع.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۹۱

حیث المضاربة (۱).

[الثانی: أن یقصد کون الثمن فی ذمته]

الثـانی: أن یقصـد کون الثمن فی ذمته من حیث أنه عامـل و وکیـل عن المالـک. و یرجع إلی الأـول. و حکمها الصـحة و کون الربح مشترکاً بینهما علی ما ذکرنا. و إذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء کان فی ذمة المالک یؤدی من ماله الآخر (۲)

---

(۱) یعنی علی أن یکون المبیع مورد المضاربة و کون الثمن من مال المالک المعین للمضاربة.

(۲) قـد تقدم ما عن المسالک من الاسـتدلال علی عدم جواز الشـراء فی الذمة ما ظاهره المفروغیة عن وجوب الأداء من ماله الآخر، و أنه من المسـلمات، و فی الجواهر: اسـتدل علیه بأنه مقتضـی الإطلاق. و فیه: أن الإطلاق من حیث کون الشراء فی الذمة أو فی العین لا یلازم الإطلاـق من حیث کون الأداء من مال المضاربـة و غیره، إذ المفروض أن الشـراء فی الذمـة و ان کان بإذن المالک فهو بلحاظ المضاربـة و کون الأداء لما فی الذمة بمال المضاربة لا بغیره، و لذلک قید المصـنف الوجه الأول بکونه من حیث المضاربة، لا مطلقاً، فـاذا کان عنوان المضاربـة مأخوذاً قیـداً للشـراء فمع تعـذره یبطل الشـراء، کما إذا اشتری ولی الزکاة شـیئاً بمال الزکاة فتلف المال قبل الوفاء، فإنه یبطل، فلا یکلف بدفع الثمن من ماله.

و أشـکل من ذلـک مـا ذکره فی الجواهر من أنه إذا دفع من مـاله الأـخر یکون من مـال القراض، للإطلاق المـذکور، و أنه حکی عن المبسوط التصـریح به. إذ من الواضـح أن مال المضاربـة هو التالف لا غیر، و أن الاذن فی الشـراء فی الذمـة کان بقید الوفاء من ذلک المال لا غیر، فلم یقصد المضاربة بما فی الذمة مطلقاً. و لذلک ذکر فی الخلاف أن الذی یقوی فی نفسه أن المبیع للعامل، و لا شـیء

على رب المال. و ستدل عليه: بأن رب المال إنما

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۹۲

[الثالث: أن يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة]

الثالث: أن يقصد ذمة نفسه و كان قصده الشراء لنفسه و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثمَّ دفع منه و على هذا الشراء صحيح، و يكون غاصباً فى دفع مال المضاربة من غير إذن المالک، إلا إذا كان مأذوناً فى الاستقراض و قصد القرض (۱).

[الرابع: كذلک لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء]

الرابع: كذلک لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه، و عليه يمكن الحكم بصحة الشراء و إن كان عاصياً

فسح للعامل فى التصرف فى ألف إما أن يشترى به بعينه أو فى الذمة و ينقد منه و لم يدخل على أن يكون له فى القراض أكثر منه. و ما ذكره من الوجه متين، لكن انما يقتضى عدم الصحة للمالک، لا التحول الى العامل لعدم قصد العامل ذلک، فكيف يدخل فى ملكه من دون قصد، و يكلف بدفع البدل من دون اختيار؟! و نسب فى الخلاف إلى أبى حنيفة و محمد أن يلزم المالک أن يدفع الثمن من مال آخر و يكونا معاً رأس المال.

و إلى مالک أن المالک مخير بين أن يدفع الثمن من مال آخر و يكون هو رأس المال لا غير و بين أن لا يدفع شيئاً، فيكون المبيع للعامل و الثمن عليه. كما نسب إلى أبى حنيفة أيضاً أنه إذا تلف المال الثانى لم يلزم المالک شىء، و إلى غيره أنه كلما تلف الثمن دفع المالک غيره و لم يظهر من الجواهر أنه إذا تلف المال الثانى فهل يلزم الدفع من مال ثالث و هكذا أو لا يلزمه؟

كما أنه لم يظهر منه أن رأس المال هو مجموع المالين، أو الأكثر، أو هو الأخير لا غير؟ و التحقيق ما عرفت.

(۱) أو كان قاصداً الشراء من نفسه للمالک بمال المضاربة، فإنه لما

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۹۳

فى التصرف فى مال المضاربة من غير إذن المالک، و ضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث أن الوفاء بمال الغير غير صحيح و يحتمل القول ببطلان الشراء (۱) لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن (۲) و المفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح، فهو بمنزلة السرقة، كما ورد فى بعض الأخبار: أن من استقرض و لم يكن قاصداً للأداء فهو سارق. و يحتمل صحة الشراء و كون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بنائه الدفع من مال

كان ولياً على الشراء للمالک و ولياً على نفسه لم يحتج فى الشراء للمالک مال نفسه الى أكثر من إنشاء الإيجاب، فيقصد المعاوضة بينه و بين المالک بدفع مال المالک وفاء عما فى ذمته من الثمن، فيكون إنشاء المعاوضة بالفعل، و هو دفع المال إلى البائع، لا بالقول، و بإنشاء واحد بلا قبول، كما تحقق ذلک فى بعض مباحث نكاح العبيد من هذا الشرح. فراجع. فيكون فى الخارج شراءان: شراء من المشترى لنفسه، و شراء من نفسه للمالک، فالشراء للعامل بثمن فى الذمة و الشراء للمالک بعين المال.

(۱) هذا الاحتمال ضعيف إذ النقص فى الشراء على النحو المذكور إن كان لأجل نية عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد، و لا دليل عليه و إن كان لأجل دفع مال الغير، الراجع الى عدم دفع الثمن شرعاً فهو أيضاً لم يقل به أحد، و لا دليل عليه.

(۲) قد عرفت أنه لا دليل عليه. و ما فى بعض الاخبار راجع الى نية عدم دفع الثمن حال البيع، لا عدم الدفع بعد ذلک، فالشاهد لا

يرتبط بالمشهود له. مع أن ما فى المقام ليس من باب عدم نية الدفع، بل من باب نية دفع ما ليس ملكاً له شرعاً، بعنوان كونه ملكاً له تشريعاً، فهو أمر ثالث غير ما ذكر.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۹۴

المضاربة، فإن البيع و إن كان بقصد نفسه و كلياً فى ذمته، إلا أنه ينصب على هذا الذى يدفعه (۱) فكأن البيع وقع عليه.

و الأوفق بالقواعد الوجه الأول، و بالاحتياط الثانى. و أضعف الوجوه الثالث، و إن لم يستبعده الآقا البهبهانى.

[الخامس: أن يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره]

الخامس: أن يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات إلى نفسه و غيره. و عليه أيضاً يكون المبيع له (۲)، و إذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً. و لو اختلف البائع و العامل فى أن الشراء كان لنفسه أو لغيره و هو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال (۳)، فيلزم بالثمن من ماله، و ليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

---

(۱) هذا غير ظاهر الوجه، و لا يظن الالتزام به فى نظائر المقام، فان الغاصب للمال إذا دخل السوق و اشترى لنفسه فى الذمة، و نوى الوفاء من ذلك المال المغصوب، فأجاز المغصوب منه ذلك لم يكن الشراء له، و لا يكون ما اشتراه ملكاً للمغصوب منه. مضافاً الى أن البناء على كون ذلك من الشراء بعين المال موجب للبناء على صحة البيع الواقع على العين الخارجية المجهولة للبائع و عدم كونها مقصودة له و لا منوية له، و هو كما ترى.

(۲) لكون عوضه منه و هو ما فى ذمته.

(۳) قال فى الشرائع: «و لو اشترى فى الذمة لا معه، و لم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً». فيحتمل أن يكون التعلق ظاهراً بذمته اعتماداً على أصالة الصحة، لأنه إذا كان لغيره بطل لعدم الاذن، و إذا كان له صح. و يحتمل أن يكون لظاهر الحال، حيث أن حمل الذمة على ذمة المالك خلاف الظاهر، يحتاج إلى قرينة، فإن الأصل فى الفعل المنسوب

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۲۹۵

[(مسألة ۱۳): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه]

(مسألة ۱۳): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه و إلى تلك التجارة، فى مثل ذلك المكان و الزمان، من العمل، و تولى ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش، و النشر و الطى، و قبض الثمن، و إيداعه فى الصندوق و نحو ذلك مما هو اللائق و المتعارف و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال، و الحمال، و الوزان، و الكيال، و غير ذلك، و يعطى الأجرة من الوسط. و لو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله (۱)، و لو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة (۲) إن لم يقصد التبرع. و ربما يقال بعدم الجواز (۳). و فيه أنه:

إلى الفاعل كونه عن نفسه، فاذا قال القائل: صليت، يعنى: عن نفسى و إذا قال: صل، يعنى: عن نفسك، و هكذا، فلو فرض أن المالك قد أذن بالشراء له، و شك فى الشراء أنه للمالك أو للعامل حمل على الثانى، فإذا ادعى المالك ذلك كان قوله مطابقاً للحجة و العامل حمل على الثانى، فإذا ادعى المالك ذلك كان قوله مطابقاً للحجة و العامل بخلافه، و هذا ما لا ينبغى الإشكال فيه. لكن فى الرياض فى صورة ما لو اشترى فى ذمة المالك، أو فى الذمة مطلقاً، احتمل الحكم بكون الشراء للمالك، لعموم الاذن. و فيه: أن الاشكال فى ظهور الذمة مطلقاً فى ذمة المالك، و كيف يكون ذلك و هو خلاف ما عليه العرف؟. نعم يصح ما ذكره فى صورة

الشراء بذمة المالک. فلاحظ.

(۱) لعدم الاذن. فلا موجب للزومها للمالک.

(۲) و فی المسالک: أنه له وجها.

(۳) کما فی الشرائع و المبسوط، و فی المسالک: نسبه إلی إطلاق

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۹۶

مناف لقاعدة احترام عمل المسلم (۱) المفروض عدم وجوبه علیه.

[(مسألة ۱۴): قد مر أنه لا یجوز للعامل السفر من دون إذن المالک]

(مسألة ۱۴): قد مر أنه لا یجوز للعامل السفر من دون إذن المالک. و معه فنفقته فی السفر من رأس المال (۲)،

المصنف و الجماعة.

(۱) کذا فی الجواهر. لکن عرفت غیر مرة أن قاعدة الاحترام لا تقتضی الضمان للعمل، و إنما الذی یقتضیه الاستیفاء و إن کان واجبا علیه، فان المریض إذا طلب من الطبیب المعالجة ضمن الأجرة و إن کانت المعالجة واجبة علیه، و الاستیفاء لعمل العامل فی باب المضاربة فی مقابل الحصة من الربح لا غیر، فإثبات شیء آخر یحتاج إلی دلیل. و لأجل ذلک لا یرتبط المقام بما إذا أذن له فی البیع أو الشراء، بناءً علی عموم الاذن للشراء من نفسه و البیع علی نفسه، مضافاً إلی أن ذلک یختص بما إذا صرح له بالإذن بالاستیجار، و فی المقام ربما لا یکون إلا الاذن فی الاتجار و لوازمه علی نحو العموم، و منها استیجار من جرت العادة باستئجاره لحمل الأثقال، لکن عموم ذلک لنفسه غیر ظاهر، إذ من المحتمل أن یکون المراد أن لا یتحمل العامل خسارة الأجرة، فلا یشمل الفرض.

(۲) قال فی الشرائع: «و ینفق فی السفر کمال نفقته من أصل المال علی الأظهر»، و فی المسالک و عن غیرها: أنه الأشهر بین الأصحاب، و فی التذکرة و جامع المقاصد: أنه المشهور، بل فی التذکرة فی موضع نسبته إلی علمائنا، و عن الخلاف: أن علیه إجماع الفرقة و أخبارهم. انتهی.

لأنه بسفره انقطع إلی العمل فی مال القراض فناسب أن تکون النفقة علی المال، کما فی التذکرة و جامع المقاصد، أو لأن السفر لمصلحة المال فنفقته علیه کما فی التذکرة، لکن مقتضی الأخیر الاختصاص بنفقة السفر نفسه، لا نفقة العامل فی السفر، و مقتضی الأول العموم لنفقة الحضر أیضاً إذا کان

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۲۹۷

إلا- إذا اشترط المالک کونها علی نفسه. و عن بعضهم (۱) کونها علی نفسه مطلقاً، و الظاهر أن مراده فیما إذا لم یشترط کونها من الأصل. و ربما یقال: له تفاوت ما بین السفر و الحضر (۲). و الأقوی ما ذکرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها، من مأکل، و مشرب، و ملبس، و مسکن، و نحو ذلک مما یصدق علیه النفقة.

ففی صحیح علی بن جعفر عن أخیه أبی الحسن علیه السلام (۳): «فی المضارب ما أنفق فی سفره فهو من جمیع المال، فاذا قدم بلده فما أنفق فمن نصیبه»

هذا و أما فی الحضر فلیس له أن یأخذ من رأس المال شیئاً (۴) إلا إذا اشترط علی المالک ذلک.

[(مسألة ۱۵): المراد بالنفقة ما یحتاج إلیه]

(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها فى سفره و أجرة المسكن

منقطعاً إلى العمل فيه، و عدم العموم لنفقة السفر مع عدم الانقطاع إلى العمل فى المال. مضافاً إلى أن المناسبة لا تصلح للإثبات.

(١) المراد به الشيخ فى المبسوط، لأنه دخل على أن له سهما معلوماً من الربح، فلا يستحق سواه، و قد لا يربح من المال أكثر من النفقة.

(٢) قاله الشيخ فى المبسوط على تقدير القول بالإنفاق.

(٣) رواه فى الكافى عن محمد بن يحيى عن العمركى، و رواه فى التهذيب عن محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن أحمد الكوكبى عن العمركى، و نحوه رواية السكونى عن أبى عبد اللّه (ع) عن أمير المؤمنين (ع)، رواها فى الكافى، و نحوه مرسل الفقيه «١». (۴) إجماعاً، صريحاً و ظاهراً، حكاه جماعة.

---

(١) ذكر الأحاديث المذكورة فى الوسائل باب: ۶ من كتاب المضاربة

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٩٨

و نحو ذلك (١)، و أما جوائزه و عطاياه و ضيافاته و مصانعاته فعلى نفسه (٢) إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

[(مسألة ١۶): اللازم الاقتصار على القدر اللائق]

(مسألة ١۶): اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه (٣). نعم لو قتر على نفسه، أو صار ضيفاً عند شخص، لا يحسب له (۴).

[(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفى]

(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفى (۵)، لا الشرعى فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة. كما أنه إذا أقام فى بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه فى السفر عرفاً.

نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر- مثل التفرج، أو لتحصيل مال له، أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة- فنفقته

---

(١) لا شبهة فى كون ذلك مراداً و لا اشكال، للصدق.

(٢) لأن الظاهر من النفقة ما يحتاجه لمعاشه، و ما ذكر إنما يحتاجه لجهات أدبية، لا معاشه، فهو داخل فى المؤنة المستثناة فى الخمس، لا فى النفقة الواجبة للزوجة أو للقريب المذكورة فى باب النفقات، كما ذكر ذلك فى الجواهر.

(٣) لخروجه عن المأذون فيه، فيكون مضموناً عليه.

(۴) كما صرح به فى الجواهر لأن المأذون فيه النفقة المنتفية بالفرض لا مقدار النفقة.

(۵) كما صرح به فى المسالك و الجواهر، و حكى عن الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها. لإطلاق الأدلة، و ثبوت القصر و بعض الاحكام لخصوص السفر إلى المسافة مع الشروط الخاصة لا يقتضى حقيقة شرعية و لا متشرعية، بحيث يحمل عليه المراد فى جميع موارد الاستعمال من دون

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٢٩٩

فى تلك المدة على نفسه (١). و إن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة و لأمر آخر، بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لو لا الآخر فان كان

الأمر الآخر عارضاً فی البین فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة (۲). و إن کانا فی عرض واحد ففیه وجوه، ثالثها التوزیع (۳). و هو الأحوط فی الجملة (۴) و أحوط منه کون التمام علی نفسه و إن کانت العلة مجموعهما، بحیث یکون کل واحد جزء من الداعی فالظاهر التوزیع (۵).

[(مسألة ۱۸): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فیه فلو سافر من غیر إذن]

(مسألة ۱۸): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فیه (۶) فلو سافر من غیر إذن، أو فی غیر الجهة المأذون فیه

قرینة، إذ لا دلیل علی ذلک، فالحمل علی المفهوم العرفی متعین.

(۱) کما صرح به فی التذکرة و المسالک و الجواهر. لأن السفر حینئذ لم یکن لمصلحة المال فیکون خارجا عن منصرف الأدلة.

(۲) لدخوله فی إطلاق الدلیل.

(۳) و أقواها- کما فی الجواهر- جواز الإنفاق، لإطلاق النص الشامل له، و لأنه لا یخرج عن کونه لمصلحة المال المقتضیة له علی الاستقلال فتأمل.

(۴) و الأضعف، لأن الأدلة إن عمت اقتضت الأول، و إلا اقتضت الثانی.

(۵) کما فی الجواهر. لکنه غیر ظاهر، لما عرفت من أن الأدلة إن عمت اقتضت کون النفقة علی المال، و الا اقتضت کونها علی نفسه فالتوزیع لا مقتضی له، و لذا کان الأقوی کونها علی نفسه، لعدم ثبوت دخوله فی إطلاق الدلیل.

(۶) کما فی المسالک و الجواهر. لاختصاص الدلیل به، أو لأن ما دل علی الضمان بالتعدی مقدم علیه عرفاً، أو لأنه خاص فیخصص به.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۰

أو مع التعدی عما أذن فیه، لیس له أن یأخذ من مال التجارة.

[(مسألة ۱۹): لو تعدد أرباب المال]

(مسألة ۱۹): لو تعدد أرباب المال کأن یکون عاملا لاثنین أو أزید، أو عاملا لنفسه و غیره- توزع النفقة (۱) و هل هو علی نسبة المالین، أو علی نسبة العملین؟ قولان (۲).

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسک العروة الوثقی؛ ج۱۲، ص: ۳۰۰

[(مسألة ۲۰): لا یشترط فی استحقاق النفقة ظهور ربح]

(مسألة ۲۰): لا یشترط فی استحقاق النفقة ظهور ربح

---

(۱) کما هو المحکی عن جملة کثیرة من کتب الأعیان، کالشیخ و الفاضلین و المحقق و الشهید الثانیین و غیرهم. قال فی الشرائع: «و

لو کان لنفسه مال غیر مال القراض فالوجه التقسیط» قال فی المسالک: «وجه التقسیط ظاهر، لأن السفر لأجلهما، فنفقته علیهما».

أقول: قد عرفت إشکال هذا التعلیل، فلا مجال للاستدلال به فی المقام. نعم یتجه الحکم المذکور فی الأول، لصدق مال المضاربة علی جمیع الأموال، و مقتضی إطلاق أن نفقة المضارب علی مال المضاربة أنها علی جمیع الأموال، و مقتضی ذلک التوزیع علی الجمیع. و یشکل فی الثانی، لصدق. کون العامل مضارباً فتکون نفقته علی مال المضاربة، و لا وجه التوزیع. نعم فی الجواهر: أن السفر لما لم یکن للقراض خاصة اتجه التوزیع المزبور، و هو راجع الی ما فی المسالک و فیه ما عرفت.

(۲) فی المبسوط: الجزم بالأول، و فی جامع المقاصد: أنه أوجه.

و فی المسالک: أنه أجود، لأن استحقاق النفقة فی مال المضاربة منوط بالمال، و لا ینظر إلی العمل. انتهی. و ان شئت قلت. موضوع النفقة مال المضاربة. فهو موضوع التوزیع. و أما القول الثانی فلم نعرف قائله.

نعم عن التذکرة: أنه إذا کان المال لنفسه فالتوزیع علی المالین، و إذا کان لغیره فعلی العملین. انتهی. لکن عبارة التذکرة لا تساعد علیه.

و علی تقدیره فغیر ظاهر الوجه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۱

بل ینفق من أصل المال (۱) و إن لم یحصل ربح أصلًا.

نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، و یعطی المالک تمام رأس ماله، ثمَّ یقسم بینهما.

[(مسألة ۲۱): لو مرض فی أثناء السفر]

(مسألة ۲۱): لو مرض فی أثناء السفر. فان کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقة (۲)، و إن منعه لیس له (۳)، و علی الأول لا یکون منها ما یحتاج إلیه للبرء من المرض (۴).

---

(۱) قال فی المسالک «و لا یعتبر فی النفقة ثبوت الربح، بل ینفق و لو من أصل المال إن لم یکن ربح و إن قصر المال. نعم لو کان ربح فهی منه مقدمة علی حق العامل»، و نحوه کلام غیره. لکن فی الریاض: «مقتضی إطلاق النص و الفتوی إنفاقها من الأصل و لو مع حصول الربح، و لکن ذکر جماعة إنفاقها منه دون الأصل، و علیه فلیقدم علی حصة العامل». و ما ذکره الجماعة هو الوجه، إذ لا یصدق الربح الا بعد استثناء النفقة و غیرها من مئونة التجارة. و الظاهر أن ذلک لا إشکال فیه بینهم، و لذلک قال فی الجواهر- بعد حکایة ما فی الریاض-:

«و هو من غرائب الکلام».

(۲) بلا ریب، کما فی الجواهر. لإطلاق الأدلة.

(۳) کما فی الجواهر. و کأنه لأن السفر فی حال المرض المانع عن العمل لیس للتجارة. و هو غیر ظاهر، و لازمه عدم النفقة مع طروّ المانع عن العمل غیر المرض إذا کان فی مقام الزوال، و هو کما تری.

(۴) قال فی المسالک: «إن مئونة المرض و الموت فی السفر سویتان علی العامل خاصة، لأنهما لم یتعلقا بالتجارة». و هو فی محله بالنسبة إلی الموت لانفساخ المضاربة، لا لعدم تعلقه بالتجارة، أما بالنسبة إلی المرض فیشکل بأن المرض و إن لم یکن للتجارة لکن السفر لها، فاذا کانت مئونة المرض

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۲

.....

من نفقات السفر کانت علی المالک، کغیرها من شؤون النفقة.

نعم یتم بناء علی عدم کونها من النفقة الواجبة لواجب النفقة، کما هو المصرح به فی کلام غیر واحد من الأکابر. و کأن وجهه عدم الدلیل علی وجوب نفقة المرض المزوجة، فضلا عن غیرها. إذ دلیل نفقتها إن کان قوله تعالی (وَ عَلَی الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «۱» فمن الواضح اختصاصه بالرزق و الکسوة، و لا یشمل الدواء المشروب، لانصرافه عنه، فضلًا عن العلاج بالضماد و نحوه، و إن کان قوله تعالی:

(وَ عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) «۲» فهو ناظر الی الجهات الأخلاقیة لا غیرها و إن کان قوله تعالی (لِیُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ) «۳» فالظاهر منه الإنفاق علی المطلقات، بقرینة ما قبله من قوله تعالی فی سورة الطلاق (وَ إِنْ کُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَیْهِنَّ حَتّی یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) «۴». و لأجل ذلک لا یکون وارداً فی مقام تشریع النفقة للزوجة، بل فی مقام وجود النفقة المشروعة للزوجة علی المطلقة، و لا مجال للتمسک بإطلاقه، و لا لحمله علی المتعارف کما فی الجواهر. نعم یتعین ذلک لو کان فی مقام تشریع النفقة، لامتناع کون المراد الإنفاق فی الجملة، کامتناع کون المراد إنفاق کل شیء، فیتعین الحمل علی المتعارف. لکن الظاهر من سیاقه أنه لیس فی مقام التشریع الأصلی، و حینئذ لا دلیل علی وجوب نفقة المرض للزوجة. بل الأصل العدم فی کل ما شک فی وجوبه لها من أنواع النفقات، مثل الآت التنظیف و الغطاء و الفراش و ظروف الطعام و الشراب و غیر ذلک مما لا یدخل

---

(۱) البقرة: ۲۳۳.

(۲) النساء: ۱۹.

(۳) الطلاق: ۷.

(۴) الطلاق: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۳

.....

فی الطعام و الشراب.

و من ذلک یشکل ما فی الجواهر فإنه بعد ما حکی کلمات بعض الأصحاب فی تحدید النفقة، و ما فیها من الاختلاف و الاضطراب و التشویش، قال:

«إن کان المدار فی الإنفاق بذل جمیع ما تحتاج الیه المرأة لم یکن لاستثناء الدواء و الطبیب و الکحل و أجرة الحمام و الفصد وجه. و إن کان المدار علی خصوص الکسوة و الإطعام و المسکن لم یکن لعدّ الفراش و الإخدام- و خصوصا ما کان منه للمرض و غیر ذلک مما سمعته فی الواجب- وجه و إن جعل المدار فیه المعاشرة بالمعروف و إطلاق الإنفاق کان المتجه وجوب الجمیع، بل و غیر ما ذکروه من أمور أخر لا حصر لها فالمتجه إحالة جمیع ذلک إلی العادة فی إنفاق الأزواج علی الزوجات من حیث الزوجیة، لا من حیث شدة حب و نحوه ..» وجه الاشکال: أن الأمر بالمعاشرة بالمعروف لیس مما نحن فیه، و الأمر بالإنفاق فی الآیة الشریفة لیس فی مقام تشریع وجوب النفقة للزوجة، بل فی مقام إلحاق المطلقة بها. و إن کان الذی یظهر من بعض الصحاح أنه وارد فی الزوجة، کصحیح ربعی و الفضیل بن یسار عن أبی عبد اللّه (ع) «فی قوله تعالی (وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ فَلْیُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ) «۱» قال (ع): إن أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوة، و إلا فرق بینهما» «۲»

و نحوه صحیح أبی بصیر

«٣» لکن ظاهره اختصاص النفقة بالإطعام و الکسوة، کالآية الشريفة، لا يعم غيرهما.

اللهم الا أن يکون جواز التفريق مختصاً بـذلک، لا وجوب النفقـة، و حينئذ يتم ما ذکر فى الجواهر من لزوم الرجوع إلى المتعارف فى النفقة

---

(١) الطلاق: ۶۵.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب النفقات حديث: ١.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب النفقات حديث: ١٢.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٠۴

.....

بعد تعذر الأخذ بصرف الطبيعة، کتعذر الأخذ بالعموم. و يعضد ذلک

صحيح عبـد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبـد اللّه (ع): «خمسة لا يعطون من الزکاة شـيئاً الأب و الأم و الولد و المملوک و المرأة، و ذلک أنهم عياله لازمون له» «١»

و

فى خبر ابن الصلت «لأنه يجبر على نفقتهم» «٢»

و التعليل بأنهم لازمون له بعـد أن لم يکن تعبدياً يراد به إما أنهم أغنياء و لا تجوز إعطاء الزکاة لذلک، و اما لأن اللزوم يمنع من تعلق لزوم آخر من جهـة الزکـاة، لئلا يلزم التـداخل، فيکون هو المانع من إعطائهم الزکاة. و لو کانت النفقـة مختصـة بعض الحاجيات دون بعض کـان البعض الآـخر مورداً للزکاة فلا يحصل التـداخل، کما لا يحصل الغنى. فالتعليل المـذکور يکون دليلا واضـحاً على وجوب الإنفاق بالنسبة الى جميع الحاجات، و منها الـدواء و أجرة الطبيب و أجرة الفصـد و الأوانى و الظروف اللازمة فى الاسـتعمال و أوانى التنظيف و غير ذلک مما يحتاج إليه. و کان الأولى التمسک بالصـحيح المذکور على ما ذکر، لا إهماله و التمسک بالإطلاق المحتاج فى دليليته إلى تکلف. هـذا کله بالنسبة إلى نفقـة الزوجـة. و أما نفقـة العامل فيما نحن فيه، فان قلنا بوحـدة المراد کانت نفقة المرض مستثناة أيضاً، و إن لم نقل بأن المقامين من باب واحد أمکن التمسک بإطلاق الدليل فى المقام على ذلک، فإن نفقة المرض من أهم ما يحتاج إليه فى معاشه. و لذلک يضـعف ما تقدم فى المسالک و سـبقه إليه فى جامع المقاصد و التذکرة و غيرهما، من دون تعرض منهم لوجهه. و کأنه دعوى انصراف الإطلاق فى المقام عنه، أو لبنائه على ذلک فى نفقة الزوجة و کون المقامين من باب واحد.

لکن دعوى الانصراف ممنوعة، کدعوى ذلک فى نفقة الزوجة على ما عرفت.

---

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب المستحقين الزکاة حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب المستحقين الزکاة حديث: ۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٠۵

[(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السفر]

(مسألة ٢٢): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فى أثناء السـفر فنفقة الرجوع على نفسه (١)، بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ، فإنها من مال المضاربة.

[(مسألة ۲۳): قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة]

(مسألة ۲۳): قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة، و أن في الأول الربح مشترك، و في الثاني للعامل، و في الثالث للمالك، فاذا قال: خذ هذا المال مضاربة و الربح بتمامه لي، كان مضاربة فاسدة (۲)، إلا إذا علم أنه قصد

---

(۱) كما صرح بذلك غير واحد، و ظاهر المسالك: أنه لا خلاف فيه بيننا. لارتفاع المضاربة، فيرتفع حكمها. و عن بعض العامة لزوم النفقة من أصل المال، لأنه استحقها بالسفر. و لا بأس به لو بني على كون الحكم على القاعدة، كما يقتضي ذلك ما تقدم عن جامع المقاصد و التذكرة من تعليل الحكم. أما إذا كان المستند النص فالنص غير شامل له. اللهم إلا أن يقال: النص لا ينفيه، و القاعدة تقتضيه، فالعمل بها متعين في خصوص نفقة السفر، لا نفقة العامل.

(۲) قال في الشرائع: «لو قال: خذه قراضا و الربح لي، فسد، و يمكن أن يجعل بضاعة، نظراً الى المعنى. و فيه تردد». و في القواعد: «لو قال: خذه قراضاً على أن الربح لك، أولي، بطل»، و نحوه في التذكرة و غيرها، و في المسالك: أنه المشهور. بل قيل لا نعرف خلافاً صريحاً فيه، و إنما وقع التردد من بعضهم كالشرائع.

و كيف كان نقول: إن كون الربح مشتركاً بين المالك و العامل داخل في قوام المضاربة فكون الربح كله للمالك مناف له، و لأجل أن الجمع بين المتنافيين محال فالقصد إليهما معاً محال، فلا بد في المقام من أحد أمور

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۶

الإبضاع، فيصير بضاعة، و لا يستحق العامل أجرة (۱)،

عدم قصد الأمرين، أو قصد الأول دون الثاني، أو العكس، فعلى الأول لا يكون معنى إنشائي أصلًا لا صحيح و لا فاسد. و على الثاني تكون مضاربة صحيحة، و على الثالث تكون بضاعة أنشئت بلفظ المضاربة، فتكون صحيحة. و إذا علم أن المتكلم شاعر في مقام الإنشاء فقد انتفى الاحتمال الأول، و تعين أحد الأخيرين، و ثانيها أولي، لأن التصرف في لفظ المضاربة بحمله على البضاعة أولى من التصرف في قوله: ولي الربح، بحمله على ما لا ينافي المضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة، فيكون هو المتعين، و يحمل الكلام على البضاعة و على هذا لا مجال للمضاربة الفاسدة في مقام الثبوت، فضلًا عن مقام الإثبات.

هذا كله مع الالتفات. أما مع الغفلة فيمكن القصد الى المتنافيين معاً، بأن يكون أحدهما مقصوداً إجمالا، و الآخر تفصيلا، و في المقام يكون المنشئ قصد قصد المضاربة بمالهما من المعنى إجمالا، و قصد أن يكون تمام الربح له تفصيلا. فيكون شرطاً منافياً لمقتضى العقد، فيكون فاسداً فان قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد فقد فسد العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط العقد، و إلا فلا، و لا وجه للبناء على فساد العقد ممن لا يرى فساده بالشرط الفاسد. اللهم إلا أن يقال القصد الإجمالي إنما يكتفى به في مقام الإنشاء إذ لم يكن قصد تفصيلي على خلافه، و الا-فلا-يعتد به في حصول الإنشاء، و يكون العمل على القصد التفصيلي، فلا مضاربة في المقام لا صحيحة و لا فاسدة، بل هو بضاعة.

و المتحصل: أنه مع الالتفات التفصيلي ففي مقام الثبوت لا مضاربة لا صحيحة و لا فاسدة، و في مقام الإثبات بضاعة، و مع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربة صحيحة أو بضاعة صحيحة، لا مضاربة فاسدة.

(۱) الذي يظهر من كلمات الأصحاب أنه يعتبر في البضاعة كون

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۷

إلا مع الشرط أو القرائن الدالة علی عدم التبرع، و مع الشک فیه و فی إرادة الأجرة یستحق الأجرة أیضاً، لقاعدة احترام عمل المسلم. و إذا قال خذه قراضاً و تمام الربح لک، فکذلک مضاربة فاسدة (۱). إلا إذا علم أنه أراد القرض. و لو لم یذکر لفظ المضاربة، بأن قال: خذه و اتجر به و الربح بتمامه لی، کان بضاعة (۲)،

الربح للمالک من دون أجرة علیه للعامل. قال فی الوسیلة: «و إن دفع الیه لیتجر به له من دون أجرة کان بضاعة»، و نحوه فی غیرها، و فی الجواهر: «قد عرفت أنها (یعنی: البضاعة) المال المدفوع لیعمل به علی أن الربح لمالکه بلا أجره للعامل، فهی حینئذ توکیل فی التجارة تبرعاً» و لأجل عدم الدلیل علی هذا المعنی فی المقام قیده المصنف بما إذا کانت القرینة علی التبرع، أما إذا کانت علی عدم التبرع أو لم تقم علی أحد الأمرین، فاللازم البناء علی الأجرة، لقاعدة الاحترام، کما ذکر المصنف، أو لقاعدة الاستیفاء کما هو التحقیق. و حکی فی الریاض عن التنقیح: نحو ذلک، و اختاره، ثمَّ قال: «و ینبغی تنزیل کلمات الأصحاب علیه». ثمَّ إن عبارة المتن لا تخلو من اشکال، و کان الاولی التعبیر بقوله: و یستحق العامل الأجرة، إلا أن تکون قرینة علی التبرع بدل ما ذکر من العبارة.

(۱) کما فی القواعد، و کذا فی غیرها، و فی التذکرة: «و لو قال:

قارضتک علی أن یکون جمیع الربح لک، فسد القراض أیضاً عندنا» و ظاهره الإجماع علی الفساد، لکن یشکل ما ذکره بما عرفت فی الفرض السابق، إذ الکلام فی المقامین من باب واحد.

(۲) قال فی الشرائع: «أما لو قال خذه فاتجر به و الربح لی،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۸

إلا مع العلم بإرادة المضاربة، فتکون فاسدة (۱). و لو قال: خذه و اتجر به و الربح لک بتمامه، فهو قرض (۲)، إلا مع العلم بإرادة

کان بضاعة. و لو قال: و الربح لک کان قرضاً»، و نحوه ما فی القواعد، و حکی عن کثیر من کتب الأصحاب و یظهر منهم عدم الخلاف فیه. و لکنه یشکل إذا أرید عدم استحقاق العامل الأجرة- کما هو معنی البضاعة علی ما عرفت- و ذلک لعدم القرینة علی المجانیة، و مقتضی استیفاء عمل المسلم ضمانه.

(۱) قد عرفت إشکاله، و أنه علی تقدیر إرادة المضاربة یکون شرط خلافها مخالفاً لمقتضی العقد، فیکون فاسداً، لکنه غیر مفسد، علی ما هو التحقیق، بل علی تقدیر قصد المضاربة تفصیلا یمتنع القصد إلی معنی قوله و الربح لی، فلا شرط حینئذ، کی یکون منافیاً لمقتضی العقد، و فاسداً.

(۲) کما سبق فی الشرائع و القواعد و غیرهما، و ظاهرهم التسالم علیه.

و یشکل- کما عن مجمع البرهان- بأن القرض تملیک بعوض، و هو غیر مفروض فی کلام المالک، و لا مقصود له. و قد ینزل کلامهم- کما فی الریاض- علی إرادة أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحکام القرض، لا أنه قرض فعلا. و لکنه بعید جداً. کما أنه استدل علی تحقق القرض بذلک بما ورد فی المعتبرة المستفیضة التی فیها

الصحیح و الموثق: «من ضمن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله و لیس له من الربح شیء» «۱»

، لظهورها فی أنه بمجرد تضمین المالک للمضارب یصیر المال قرضاً. و فیه:

أنه لا تضمین فی المقام، و لو فرض فلا دلالة فی النصوص المذکورة علی حصول القرض، بل ظاهرها أنها من قبیل ما روی مرسلا من قول

---

(۱) الوسائل باب: ۴ من کتاب المضاربة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۰۹

المضاربة، ففاسد. و مع الفساد فی الصور المذکورة یکون تمام الربح للمالک (۱)، و للعامل أجرة عمله (۲)، إلا مع علمه بالفساد (۳)

[(مسألة ۲۴): لو اختلف العامل و المالک فی أنها مضاربة فاسدة أو قرض]

(مسألة ۲۴): لو اختلف العامل و المالک فی أنها مضاربة فاسدة أو قرض، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، و لم یکن هناک ظهور لفظی (۴) و لا قرینة معینة،

النبی (ص): «الخراج بالضمان»

«۱» الذی لم یکن بناء الأصحاب علی العمل به. و لذا أفتوا بضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، کما دلت علیه بعض الصحاح.

(۱) لأن الربح تابع للمال. لکن هذا مع إجازة المالک و إلا فله عین ماله مع وجوده، أو بدله مع فقده. و لا ربح حینئذ، ففرض وجود الربح مبنی علی ثبوت الإجازة أو استفادة الاذن، و سیأتی التعرض لذلک فی المسألة الثامنة و الأربعین.

(۲) للاستیفاء.

(۳) لإقدامه علی العمل بدون استحقاق، فیکون بمنزلة التبرع. و فیه:

أن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا یقتضی التبرع، ضرورة أن فعله کان بقصد الربح و لو بغیر استحقاق، و هذا المقدار کاف فی الاستحقاق.

(۴) تبع فی ذلک الجواهر حیث حکی عن المسالک: أنه إذا اختلفا فی القصد المبطل احتمل تقدم قول المالک لأنه أعرف بنیته، و العامل نظراً إلی ظاهر اللفظ و ترجیحاً للصحة، ثمَّ قال: «لا یخفی علیک عدم إتیان الوجهین بعد تسلیم کون ظاهر اللفظ فی ذلک، ضرورة عدم وجه لمن یدعی خلاف الظاهر بلا قرینة و إلا لزم من ذلک فساد کثیر» و فیه:

أن دعوی خلاف ظاهر اللفظ کدعوی خلاف ظاهر الید و غیرها من

---

(۱) تقدم التعرض لسند الحدیث و متنه فی المسألة الرابعة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۰

فمقتضی القاعدة التحالف (۱).

الحجج فی أن صاحبها مدع و خصمه منکر، و لا فرق بین الحجج فی ذلک، و کذلک من یدعی خلاف مقتضی القرینة تسمع دعواه، و علیه الإثبات.

و لعل مراد المصنف أن ذلک شرط فی التحالف. و مع الظهور اللفظی أو القرینة یکون المورد من موارد المدعی، و المنکر. لا أنه لا تسمع دعوی الخلاف.

(۱) لأن کلا منهما یدعی أمراً خلاف الأصل. هذا بناءً علی أن المعیار فی المدعی و المنکر مصب الدعوی، أما إذا کان المعیار الغرض المقصود من الدعوی- کما هو التحقیق، و أشرنا إلیه فی کتاب الإجارة- فیختلف ذلک باختلاف المقامات، فاذا ادعی العامل القرض و ادعی المالک المضاربة الفاسدة، و کانت دعوی العامل القرض راجعة إلی دعوی استحقاق الربح وحده، و دعوی المالک المضاربة الفاسدة راجعة إلی دعوی نفی القرض و بقاء المال علی ملکه لیکون ربحه له، کانت دعوی المالک علی وفق الأصل و

دعوی العامل علی خلاف الأصل. و إذا لم یکن ربح للمال فادعی العامل المضاربة الفاسدة لیکون له علی المالک أجرة العمل، و ادعی المالک القرض لیتخلص من الأجرة کانت دعوی المالک موافقة لأصالة براءة ذمته من الأجرة، و دعوی العامل المضاربة الفاسدة خلاف الأصل، فیکون منکراً. و أصالة عدم القرض لما لم تثبت الأجرة لم تکن جاریة فی المقام لعدم ترتب الأثر علی مجراها، ففی الفرض الأول یکون مدعی القرض مدعیاً، و فی هذا الفرض یکون منکراً. و إذا ادعی المالک البضاعة و ادعی العامل المضاربة الفاسدة فقد اتفقا علی کون الربح للمالک، و یکون الخصام بینهما فی أن العامل یستحق علی المالک الأجرة أولا، فالمالک یدعی أنها بضاعة تبتنی علی المجانیة- کما عرفت- و العامل یدعی المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الأجرة، فاستیفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل علی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۱

و قد یقال: بتقدیم قول من یدعی الصحة (۱). و هو مشکل، إذ مورد الحمل علی الصحة (۲) ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معینة و اختلفا فی صحتها و فسادها، لا مثل المقام، الذی یکون الأمر دائراً بین معاملتین علی إحداهما صحیح و علی الأخری باطل، نظیر ما إذا اختلفا فی أنهما أوقعا البیع الصحیح أو الإجارة الفاسدة مثلا. و فی مثل هذا مقتضی القاعدة التحالف (۳) و أصالة الصحة لا تثبت کونه بیعاً مثلا لا إجارة، أو بضاعة صحیحة مثلا لا مضاربة فاسدة.

[(مسألة ۲۵): إذا قال المالک للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بیننا صح]

(مسألة ۲۵): إذا قال المالک للعامل: خذ هذا المال قراضاً و الربح بیننا صح (۴). و لکل منهما النصف، و إذا قال: و نصف الربح لک، فکذلک (۵)، بل و کذا لو قال: و نصف الربح لی، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل. و لکن فرّق بعضهم (۶) بین العبارتین، و حکم بالصحة فی الأولی، لأنه

کل حال، و یدعی المالک التبرع و ینکر العامل ذلک.

(۱) کما فی المسالک.

(۲) کما قرره فی الجواهر:

(۳) قد عرفت إشکاله، و أن مدعی الإجارة الفاسدة إنما یقصد إنکار البیع الصحیح، و الإجارة الفاسدة لیست موضع غرض له.

(۴) کما فی الشرائع و غیره، و ظاهر المسالک: الاتفاق علیه عندنا و عند غیرنا إلا بعض الشافعیة. و الوجه فیه ظهور الکلام فی التنصیف، و ما عن بعض الشافعیة من منع ذلک ممنوع علیه.

(۵) بلا خلاف.

(۶) کالمحقق فی الشرائع. و وجه الفرق ما فی المتن، کما قرره فی المسالک.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۲

صرح فیها بکون النصف للعامل و النصف الآخر یبقی له، علی قاعدة التبعیة، بخلاف العبارة الثانیة، فإن کون النصف للمالک لا ینافی کون الآخر له أیضاً، علی قاعدة التبعیة، فلا دلالة فیها علی کون النصف الآخر للعامل. و أنت خبیر بأن المفهوم من العبارة عرفا کون النصف الآخر للعامل (۱).

[(مسألة ۲۶): لا فرق بین أن یقول: خذ هذا المال قراضا و لک نصف ربحه، أو قال]

(مسألة ۲۶): لا فرق (۲) بین أن یقول: خـذ هـذا المال قراضا و لک نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا و لک ربح نصـفه، فی الصـحة و الاشتراک فی الربح بالمناصفة. و ربما یقال: بالبطلان فی الثانی (۳)، بدعوی: أن مقتضاه کون ربح النصف الآخر بتمامه للمالک، و قد یربـح النصف فیختص به أحـدهما، أو یربـح أکثر من النصف، فلا یکون الحصـة معلومة و أیضا قد لا یعامل إلا فی النصف. و فیه: أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح، فلا إشکال.

---

(۱) کما فی الجواهر، بل قال: «هو واضح». و هو کما قال.

لکن منعه فی المسالک، لعدم استقرار العرف علی ذلک، ثمَّ قال:

«و الأجود البطلان» و فی القواعد: «بطل علی إشکال».

(۲) کما فی الشرائع و القواعد، و فی المسالک: «المشهور صحة القراض فی الصورتین، و أنه لا فرق بینهما من حیث المعنی».

(۳) نسبه فی المسالک الی الشیـخ فی أحـد قولیه، و علله بما ذکر، و محصـله إشـکالان (الأول): أن شـرط القراض الاشتراک فی کل جزء من الربح و فی الفرض لا اشتراک، لأن ربح أحد النصفین للعامل، و ربح النصف الآخر للمالک و أیضاً قد لا یعامل إلا بالنصف، فیکون ربحه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۳

[(مسألة ۲۷): یجوز اتحاد المالک و تعدد العامل]

(مسألة ۲۷): یجوز اتحاد المالک و تعدد العامل (۱)،

لأحـدهما بعینه بلاـ اشتراک بینهمـا (الثـانی): جهالـة النسـبة إذ ربمـا یکون ربـح النصف الآـخر أقـل، و ربمـا یکون أکثر، فالنسـبة بین الحصتین مجهولة.

و أیضاً إذا کان ربح أحد النصـفین للعامل و ربح الباقی للمالک، فربما یکون ربح الباقی ربح بعض النصف، و ربما یکون ربح تمامه، فیکون مقـداره مجهولًا أیضاً. و حمله فی الجواهر علی صورة تعین النصف المضاف الیه ربح العامل فإنه الذی یصح معه الدلیل، و هو غیر مـا نحن فیه. و لـذا ذکر فی المسالـک: أنه أجیب عنه بـأن الإشارة لیست إلی نصف معین، بل الی مبهم، فاذا ربـح أحـد النصـفین فـذلک الذی ربح هو المال. و الذی لم یربح لا اعتداد به انتهی. و لأجل أن أخذ النصف مبهماً لا یکفی فی رفع الإشـکال، لأن العمل إذا کان بالنصف و قد ربح، فذلک النصف إما أن ینطبق علیه نصف المال، و إما أن لا ینطبق، فان انطبق کان ربحه للعامل أو للمالک بلاـ معین و ان لم ینطبق لم یکن لأحـدهما، و کـل ذلک کما تری، ألحقه بقوله: «فاذا ربـح أحـد ..» یریـد أن النصف المبهم لا ینطبق علی تمام النصف المذکور، بل ینطبق علی نصفه، کما ینطبق النصف الثّانی علی نصفه الثانی، لأن ذلک النصف المعمول به هو المال ذو النصـفین، و لا اعتـداد بالنصف الـذی لم یعمل به. و لکنه کما تری فان المراد من المال تمامه، فالنصف المعمول به نصـفه لا کله. فالمتعین فی دفع الاشکال أن یقال: إن ربح النصف ربح لتمام المال، و لذا یقسم بین العامل و المالک فی العبارة الأخری و هی ما إذا قـال: خـذ هـذا المال و لک نصف ربحه، فاذا صـدق أنه ربـح لتمام المال فقـد صـدق أن نصـفه ربـح لنصف المال، فیکون للعامل، و النصف الآخر للمالک.

(۱) قال فی القواعد: «یجوز تعددهما، و اتحادهما، و تعدد أحدهما

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۴

مع اتحاد المال، أو تمیز مال کل من العاملین، فلو قال:

ضاربتکما و لکما نصف الربح، صح، و کانا فیه سواء. و لو فضل أحدهما علی الآخر صح أیضاً (۱) و إن کانا فی العمل سواء، فان غایته اشتراط حصته قلیلة لصاحب العمل الکثیر و هذا لا بأس به (۲) و یکون العقد الواحد بمنزلة عقدین مع اثنین، و یکون کما لو قارض أحدهما فی نصف المال بنصف و قارض الآخر فی النصف الآخر بربع الربح، و لا مانع منه (۳) و کذا یجوز تعدد المالک و اتحاد العامل: بأن کان المال مشترکاً بین اثنین، فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلا متساویاً بینهما، أو بالاختلاف: بأن یکون فی حصة أحدهما بالنصف و فی حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلا. و کذا یجوز مع عدم اشتراک المال: بأن یکون مال کل منهما ممتازاً، و قارضا واحداً مع الإذن فی الخلط، مع التساوی فی حصة العامل بینهما، أو الاختلاف: بأن یکون فی مال أحدهما بالنصف و فی مال الآخر بالثلث أو الربع.

[(مسألة ۲۸): إذا کان مال مشترکاً بین اثنین، فقارضا واحداً]

(مسألة ۲۸): إذا کان مال مشترکاً بین اثنین، فقارضا واحداً، و اشترطا له نصف الربح، و تفاضلا فی

خاصة». و الظاهر أنه لا اشکال و لا خلاف فی جمیع ذلک، فقد ذکر فی کثیر من الکتب، من دون تعرض لخلاف أو تردد. و یقتضیه إطلاق الأدلة.

(۱) و فی المسالک: أنه صحیح عندنا.

(۲) عملًا بالعمومات.

(۳) و فی المسالک: أن ذلک جائز اتفاقاً.

النصف الآخر: بأن جعل لأحدهما أزید من الآخر مع تساویهما فی ذلک المال، أو تساویا فیه مع تفاوتهما فیه، فان کان من قصدهما کون ذلک للنقص علی العامل بالنسبة إلی صاحب الزیادة: بأن یکون کأنه اشترط علی العامل فی العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له، کأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، و شرط له صاحب النقیصة ثلثی ربح حصته مثلا مع تساویهما فی المال، فهو صحیح لجواز اختلاف الشریکین فی مقدار الربح المشترط للعامل (۱). و إن لم یکن النقص راجعاً الی العامل، بل علی الشریک الآخر: بأن یکون المجعول للعامل بالنسبة إلیهما سواء، لکن اختلفا فی حصتهما، بأن لا یکون علی حسب شرکتهما، فقد یقال فیه بالبطلان (۲)، لاستلزامه زیادة لأحدهما علی الآخر مع تساوی المالین أو تساویهما مع التفاوت فی المالین، بلا عمل من صاحب الزیادة، لأن المفروض کون العامل غیرهما، و لا یجوز ذلک فی الشرکة و الأقوی الصحة (۳)

---

(۱) هذا التعلیل أشبه بالمصادرة، و اللازم التعلیل بإطلاق الأدلة، و عموم المرتکزات العرفیة، و لا یحتاج الی تعدد عقد المضاربة مع کل من الشریکین، لانحلال العقد الواحد الصادر من الشریکین الی عقدین، لامتناع قیام العقد الواحد بالاثنین، کیف و کل من الشریکین له ولایة علی حصته دون حصة شریکه، و کل من العقدین المنضمین بمنزلة العقد المستقل، فکأن أحد الشریکین قال للعامل: اتجر بحصتی و لک النصف، و قال الآخر له: اتجر بحصتی و لک الثلث.

(۲) حکی البطلان عن المبسوط و جامع الشرائع، و توقف فیه فی التحریر.

(۳) فی بعض الحواشی أن الصحة تتوقف علی إیقاع عقد الشرکة

.....

بين الشريكين على الشرط المذكور من التساوى أو التفاضل. و وجهه: أن المالكين هما موضوعا هذا الاشتراط، أحدهما مشروط له، و الآخر مشروط عليه، و لا يرتبط ذلك بالعامل كى يكون الشرط المذكور فى عقد المضاربة الذى أحد أركانه العامل. نعم بناء على ما تقدم، من جواز شرط حصته من الربح للأجنبى، يصح الاشتراط فى عقد المضاربة إذ مرجعه إلى أن العامل يشترط على أحد المالكين أن يكون مقدار من حصته للمالك الآخر بل لو قلنا بعدم صحة الشرط للأجنبى، لأنه على خلاف

قوله (ع) «الربح بينهما» «۱»

أمكن القول بالصحة هنا، لعدم منافاته لذلك، لأن الحصة المشروطة ليست للأجنبى، بل لأحد المالكين. و بالجملة: يكفى فى صحة الشرط من العامل أن يكون محطّ غرضه فى الجملة و إن كانت فائدة الشرط راجعة لغيره، فاذا عرف العامل أن أحد المالكين لا يحضر لإجراء المضاربة إلا إذا كانت حصته أكثر من حصة شريكه صح للعامل أن يشترط فى عقد المضاربة ذلك على الشريك الآخر، بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشريك الثانى لا غير إذا كان لا يقبل المضاربة إلا بذلك، فاذا قال: لا أضارب بمالى إلا إذا زوجنى الشريك جاريته فحينئذ يصح للعامل الذى يريد المضاربة أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريته شريكه الآخر، كى يتمكن من المضاربة بالمال، و لا يجوز أن نقول إن هذا الشرط قائم بين الشريكين و لا دخل للعامل فيه. و بالجملة: لا يعتبر فى صحة الشرط أن تكون فائدة الشرط راجعة إلى المشترط، بل يكفى أن يكون له غرض فى الشرط و إن كانت فائدته ترجع الى غيره. بل يصح للعامل أن يشترط على المالك فى عقد المضاربة أن يزوج ابنته من أخ العامل أو ولده بما لا يتعلق بالربح أصلًا،

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من أبواب المضاربة حديث: ۵. و قد تقدم فى صفحة: ۲۷۶.

لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا- مقابلتها لعمل منه (۱)، فإن الأقوى جواز ذلک بالشرط، و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها.

كما يقتضيه عموم الأدلة.

(۱) يشير بذلك الى وجه المنع منه، يعنى: أنه قد يتوهم أن اشتراط التفاضل خلاف مقتضى الشركة، فيكون الشرط مخالفاً للكتاب، و حاصل الجواب: أن ذلك ليس مخالفاً لمقتضى الشركة، و انما هو مخالف لمقتضى إطلاقها، و هو حاصل فى كل شرط يذكر فى العقد، إذ لولاه يكون الحكم على خلاف مقتضى الشرط. و لا يقدح فى صحته، و الا لم يصح الشرط دائماً. و توضيح ذلك: أن الشرط المخالف للكتاب يراد به ما يكون مخالفاً للحكم الاقتضائى الشرعى على ما هو التحقيق و كون المقام منه ممنوع كما يدل عليه ما تضمن مشروعية المضاربة إذ لا- يخطر [۱] فى البال أن جعل حصة من الربح للعامل مخالف للكتاب، فإنه خلاف مقتضى الارتكازات الشرعية، فيدل على أن تبعية الربح للمال من باب وجود المرجح للتبعية مع عدم المقتضى للخلاف، و حينئذ لا مانع من اشتراط التفاضل، لا- فى عقد الشركة، و لا- فى غيره من العقود، فيصح أن يشترط فى البيع التفاضل فى النماء للمال المشترک، كما يصح أن يشترط ذلك فى المضاربة، و لا مانع منه، مع أن الشک فى كون الشرط مخالفاً للكتاب أو لا موجب للرجوع إلى أصالة عدم المخالفة، على ما هو التحقيق من جريان الأصل فى العدم الأزلى، كما أشرنا إلى ذلک فى حاشية المكاسب.

---

[۱] سيأتى فى كتاب الشركة بيان وجه الفرق بين جعل حصة من الربح العامل و جعل التفاضل و أن التحقيق عدم جواز اشتراط

التفاضل فی عقد الشرکة و لا فی المقام. (منه قدس سره).

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۸

مع أنه یمکن أن یدعی الفرق بین الشرکة و المضاربة (۱) و إن کانت متضمنة الشرکة.

[(مسألة ۲۹): تبطل المضاربة بموت کل من العامل و المالک]

(مسألة ۲۹): تبطل المضاربة بموت کل من العامل و المالک (۲)، أما الأول: فلاختصاص الإذن به (۳)، و أما

---

(۱) یعنی: لو سلم أنه خلاف مقتضی الشرکة أمکن البناء علیه، عملًا بدلیل صحة المضاربة المتضمنة ثبوت حصة للعامل، فان ذلک خلاف مقتضی الشرکة الذی هو تبعیة الربح للمال، لکن قام الدلیل علیه، فوجب البناء علیه، کما أشرنا إلی ذلک.

و المتحصل مما ذکر أمور: (الأول): الإشکال بأن تفاضل المالکین الشریکین فی الربح قائم بهما، لا بالعامل، فلا یصح ذکره شرطاً فی المضاربة. (الثانی): اندفاعه بأنه یمکن أن یکون محط غرض العامل، فیکون متعلقاً به، فیصح اشتراطه. (الثالث): أن تفاضل الشریکین فی الربح لا ینافی مقتضی العقد، و إنما ینافی إطلاقه، فیصح اشتراطه فی الشرکة و فی غیرها من العقود. (الرابع): أنه لو سلم أنه مناف لمقتضی العقد جاز البناء علیه للدلیل علی صحة المضاربة. اللهم إلا أن یقال: لا إطلاق لدلیل صحة المضاربة یشمل ذلک، لخروجه عن مفهومها، و إنما هو داخل فی عموم صحة الشروط. فاذا خصص ذلک العموم بالشرط المخالف لمقتضی العقد، تعین فی المقام الرجوع إلی المخصص، لا إلی العموم.

(۲) قال فی الشرائع: «و بموت کل واحد منهما تبطل المضاربة، لأنها فی المعنی وکالة»، و نحوه فی کثیر من الکتب، و یظهر منهم أن ذلک من المسلمات، فان ذلک حکم العقود الجائزة، و منها المضاربة.

(۳) فیکون الوارث کسائر الناس، لا یجوز أن یتصرف بغیر إذن المالک، و لیس ذلک من الحقوق، حتی یکون موروثاً للوارث.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۱۹

الثانی: فلانتقال المال بموته إلی وارثه، فابقاؤها یحتاج إلی عقد جدید (۱) بشرائطه، فإن کان المال نقداً صح (۲)، و إن کان عروضاً فلا، لما عرفت من عدم جواز المضاربة علی غیر النقدین. و هل یجوز لوارث المالک إجازة العقد بعد موته، قد یقال بعدم الجواز (۳)، لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه (۴)، لیکون واقعاً علی ماله أو متعلق حقه.

و هذا بخلاف إجارة البطن السابق فی الوقف أزید من مدة حیاته، فان البطن اللاحق یجوز له الإجازة، لأن له حقاً بحسب جعل الواقف. و أما فی المقام فلیس للوارث حق حال حیاة المورث أصلًا، و إنما ینتقل إلیه المال حال موته. و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث فی الوصیة، و فی المنجز حال

---

(۱) یعنی: بین العامل و المالک الجدید.

(۲) یعنی: بعقد جدید.

(۳) قال فی الشرائع: «و لو مات رب المال و المال متاع، فأقره الوارث، لم یصح، لأن الأول بطل، و لا یصح ابتداء القراض بالعروض» و ظاهر التعلیل أن المراد من إقراره بعد الموت إبقاؤه، و هذا بعد الموت متعذر للبطلان، و کذلک تجدیده، لأن فی المال عروض. و المصنف رحمه اللّه حرر المسألة بعنوان الإجازة، و ذکر فی الجواهر: أن المقام لیس من الفضولی، إذ لا علقة للوارث بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ..

إلی آخر ما ذکر فی المتن فی تقریب عدم الجواز.

(۴) الإجازة لا تصح الا بشرطین (الأول): أن یکون العقد المجاز صادراً من غیر الولی علیه، فلا یصح منه إلا بالإجازة. (الثانی):

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۰

المرض- علی القول بالثلث فیه- فان له حقاً فیما زاد، فلـذا یصـح إجازته، و نظیر المقام اجارة الشـخص ماله مدة مات فی أثنائها، علی القول بالبطلان بموته، فإنه لا یجوز للوارث إجازتها. لکن یمکن أن یقال: یکفی فی صـحة الإجازة کون المال فی معرض الانتقال الیه و إن لم یکن له علقة به حال العقد، فکونه سیصـیر له کاف و مرجع إجازته حینئذ إلی إبقاء ما فعله المورث، لا قبوله، و لا تنفیذه، فإن الإجازة أقسام، قد تکون قبولا لما فعله الغیر، کما فی إجازة بیع ماله فضولا، و قد تکون راجعاً إلی إسقاط حق، کما فی اجازة المرتهن لبیع الراهن، و اجازة الوارث لما زاد عن الثلث.

و قد تکون إبقاء لما فعله المالک (۱)، کما فی المقام.

أن یکون للمجیز ولایة علی العقد، فاذا انتفی ذلک لم تصح الإجازة.

و هـذان الشـرطان موجودان فی الأمثلـة المذکورة فی الجواهر و فی المتن، أما فیما نحن فیه فمفقودان معاً، إذ العقد الواقع من المالک صـادر من الولی علیه فیصـح، و لاـ معنی لإجـازته و الإجازة الصادرة من الوارث- سواء کانت صادرة منه حال حیاة الموروث، أم بعد وفاته- صادرة ممن لا ولایـة له علی العقـد. نعم إذا کانت صادرة منه بعـد وفاة الموروث فهی ممن له ولایـة علی تجدید العقد لا علی العقد نفسه، فلا معنی لتعلقها بالعقد.

(۱) قـد عرفت أن العقـد الواقع لاـ قصور فیه، فهو نافـذ بلاـ إجازة و الإجازة الصادرة من الوارث لیست ممن له ولایـة علی العقـد، و لا أدنی تعلق له به، و الإبقـاء- مع أنه لیس مجعولًا، لأن بقاء العقـد بنفسه، لا بجعل جاعل- متعـذر، لأن المفروض بطلانه، فکیف یمکن إبقاؤه؟! مع أنه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۱

[(مسألة ۳۰): لا یجوز للعامل أن یوکل وکیلا فی عمله، أو یستأجر أجیراً إلا بإذن المالک]

(مسألة ۳۰): لا یجوز للعامل أن یوکل وکیلا فی عمله، أو یستأجر أجیراً إلا بإذن المالک. نعم لا بأس بالتوکیل

غیر مقصود للمجیز. نعم یمکن تجدیده للوارث، و هذا شیء آخر غیر إجازة العقد، و یختص بصورة ما إذا کان المال نقداً لا عروضاً.

و المتحصل فی الاشـکال: إنه إن أرید إجازة العقد بلحاظ الحدوث کما فی إجازة الفضولی- فالعقد لا قصور فیه من هذه الجهة، کی یحتـاج إلی الإجـازة، و الإجـازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقـد. و إن أریـد إجازته بلحاظ البقاء، فالبقاء لیس مقصوداً للمجیز، و لا مما یقبل الجعل، و فی المقام متعـذر، لفرض البطلان، کما ذکر فی الشـرائع. و ان أرید من الإبقاء التجدید اختص ذلک بما إذا کان المال نقداً، و لا یصح إذا کان عروضاً کما ذکر أیضاً فی الشرائع.

و لعـل مراد المصـنف الاشـکال علی الشـرائع: بـأن الإـقرار إنما یمتنع إذا ثبت البطلان، و هو ممنوع، إذ یختص البطلان بما إذا لم یقره الوارث أما إذا أقره فلا بطلان. کما أنه یمکن دفع الإشکال: بأن البقاء لا یحتاج الی جعل بأن ذلک مسلم إذا لم یکن موجب للبطلان، کما فی المقام، أما معه فیصح جعل البقاء، و یکون مستنداً الی الجعل لا لنفسه. و لکن عبارة المصنف بعیدة عن ذلک، و فیها تهافت، فـإن الإجـازة بمعنی الإبقاء صادرة من الوارث المالک، و قـد ذکر أنها صادرة ممن سیصـیر له علقـة، فکأن موضوع کلامه الإجازة من الوارث حال حیاة الموروث لا بعد وفاته.

و التحقیق: أن المالک رکن فی عقد المضاربة کالعامل، فاذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة، کما فی موت أحد الزوجین، فلا یمکن

جعل إبقائه أبداً، کما ذکر المحقق رحمه اللّه، فلا یمکن إبقاء العقد، لا بالإجازة و لا بالإبقاء، و لا بغیر ذلک. نعم یمکن إیقاع عقد المضاربة بین الوارث

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۲

أو الاستیجار فی بعض المقدمات، علی ما هو المتعارف (۱).

و أما الإیکال إلی الغیر وکالة أو استئجاراً فی أصل التجارة، فلا یجوز من دون إذن المالک، و معه لا مانع منه. کما أنه لا یجوز له أن یضارب غیره إلا بإذن المالک.

[(مسألة ۳۱): إذا أذن فی مضاربة الغیر]

(مسألة ۳۱): إذا أذن فی مضاربة الغیر فإما أن یکون بجعل العامل الثانی عاملا للمالک، أو بجعله شریکاً معه فی العمل و الحصة، و إما بجعله عاملا لنفسه. أما الأول فلا مانع منه و تنفسخ مضاربة نفسه علی الأقوی (۲). و احتمال بقائها مع ذلک (۳)، لعدم المنافاة، کما تری. و یکون الربح مشترکاً بین

و العامل إذا اجتمعت الشرائط.

(۱) کأن الفرق بین المقامین أن المنصرف من المضاربة استعمال العامل فی التجارة مباشرة، فإیکال التجارة إلی غیره خلاف الظاهر یحتاج إلی إذن بالخصوص، بخلاف المقدمات، فإنه لیس فی عنوان المضاربة ما یقتضی المباشرة فیها، فإطلاقها یقتضی الإذن إلا إذا کانت قرینة علی الخلاف.

و الحکم فی الجمیع وجوب أن یکون العمل بإذن المالک، المستفادة من الإطلاق، أو من صریح الخطاب، أو من العادة، أو غیر ذلک من القرائن، فإذا لم تعلم لم یجز التصرف.

(۲) کما هو ظاهر المسالک.

(۳) بل جزم به فی الجواهر، لعدم ما یدل علی اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض علیه فی صحة الثانی. انتهی. و کأنه اعتبر المضاربة نوعاً من الوکالة، و لا مانع من توکیل وکیلین علی عمل واحد، لعدم التنافی فی ذلک. لکن الظاهر عرفاً من المضاربة أنها استعمال للعامل و هو

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۳

المالک و العامل الثانی، و لیس للأول شیء (۱)، إلا إذا کان بعد أن عمل عملا و حصل ربح، فیستحق حصته (۲) من ذلک و لیس له أن یشترط علی العامل الثانی شیئاً من الربح (۳) بعد أن لم یکن له عمل بعد المضاربة الثانیة. بل لو جعل الحصة للعامل فی المضاربة الثانیة أقل مما اشترط له فی الأولی، کأن یکون فی الأولی بالنصف، و جعله ثلثاً فی الثانیة لا یستحق تلک الزیادة (۴)، بل ترجع الی المالک. و ربما یحتمل جواز اشتراط شیء من الربح، أو کون الزیادة له (۵)، بدعوی أن هذا المقدار- و هو إیقاع عقد المضاربة ثمَّ جعلها للغیر-

---

لا یقبل التعدد، نظیر الاستیجار علی العمل لکن لو سلم فذلک یمنع من تعدد العامل بالنسبة إلی العمل الواحد، لا بالنسبة إلی العملین، فاذا عمل الأول و ربح کان له سهم من الربح، و إذا عمل الثانی أیضاً فربح کان له سهم، کما صرح بذلک فی الجواهر. و الأولی أن یقال: انه إذا کان العامل قد انتزع نفسه من المضاربة، انفسخت بالنسبة الیه، و اختص بها الثانی. و إن کان لم ینتزع نفسه، کان کل منهما عاملا، و اختص کل واحد منهما بحصته من الربح فی عمله.

(۱) إذ المفروض أن الربح مشترک بین المالک و العامل، و هو غیرهما.

(۲) کما هو مقتضى المضاربة معه.

(۳) الا بناءً على جواز اشتراط حصة من الربح للأجنبی، و قد تقدم.

(۴) لأنها للمالک حسب المجعول فی المضاربة الثانیة، فلا تکون کلها أو بعضها لغیره.

(۵) هذا الاحتمال احتمله فی الجواهر، معللا له بما ذکر.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۲۴

نوع من العمل، یکفی فی جواز جعل حصة من الربح له.

و فیه: أنه وکالة، لا مضاربة (۱). و الثانی أیضاً لا مانع منه، و تکون الحصة المجعولة له فی المضاربة الأولى مشترکة بینه و بین العامل الثانی، على حسب قرارهما. و أما الثالث فلا

---

(۱) قد یکون التوکیل من شؤون المضاربة- کما تقدم فی المسألة الثلاثین- فیستحق علیه العامل حصة من الربح. فالعمدة: أن العمل الذی یجعل الحصة له فی المضاربة الثانیة ما یکون حاصلا من العامل فی المضاربة الثانیة بعد حصولها، و العمل المذکور حاصل قبلها من غیر العامل فیها، بل من العامل فی المضاربة الاولى و حینئذ إذا کان موجباً لاستحقاق شیء لصدوره لا بعنوان التبرع، فهو على المالک، لا حصة فی ربح المضاربة الثانیة، لعدم کونه عاملا فیها. بل إذا فرض أن عمل المضاربة الأولى کان بذلک استحق حصة من الربح الحاصل من ذلک العمل و لو بتوسط المضاربة الثانیة التی هی فی ضمن المضاربة الأولى. و من ذلک یظهر أن القسم الأول له صورتان: (الأولى) أن تکون المضاربة الثانیة أجنبیة عن الاولى، تبطلها أو لا تبطلها، على الخلاف المتقدم بین المصنف و الجواهر.
(الثانیة): أن تکون المضاربة الثانیة فی ضمن الاولى و من شؤونها فتکون الثانیة من قبیل الجعالة التی تکون فی ضمن الاولى، و حصة المالک فیها راجعة إلى ربح المضاربة الأولى فتنقسم بین المالک و العامل الأول. و بالجملة:
قد تکون المضاربة الثانیة أجنبیة عن الأولى تنافیها أو لا تنافیها، و قد تکون فی طولها و من شؤونها فارباح الثانیة بعد إخراج حصة العامل تکون من أرباح الأولى، فتکون حصة منها للعامل، و الباقی للمالک، و قد کان المناسب للمصنف التعرض لهذا القسم، فتکون الأقسام أربعة.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۲۵

یصح من دون أن یکون له عمل مع العامل الثانی (۱)، و معه یرجع الى التشریک.

[(مسألة ۳۲): إذا ضارب العامل غیره مع عدم الإذن من المالک]

(مسألة ۳۲): إذا ضارب العامل غیره مع عدم الإذن من المالک، فإن أجاز المالک ذلک کان الحکم کما فی الإذن السابق فی الصور المتقدمة، فیلحق کلًا حکمه (۲)، و ان لم یجز بطلت المضاربة الثانیة (۳). و حینئذ فإن کان العامل الثانی عمل و حصل الربح (۴) فما قرر للمالک فی المضاربة الأولى فله (۵) و أما ما قرر للعامل فهل هو أیضاً له (۶) أو للعامل الأول، أو مشترک بین العاملین؟ وجوه و أقوال (۷)، أقواها الأول،

---

(۱) من المعلوم أن العامل فی المضاربة من یکون عاملاـ للمالک فی ماله، و العامل لغیر المالک خارج عنه، سواء کان له عمل أم لم یکن.

إلا أن یکون المراد منه ما لا یتنافى مع کونه عاملا للمالک، و یکون الاختلاف بمجرد التعبیر.

(۲) إذ لا فرق بین الإجازة اللاحقة و الاذن السابقة فی الأحکام.

(۳) لصدورها من غیر الولی، بلا إذن، و لا إجازة من الولی.

(۴) یعنی بإجازة المالک لشراء العامل الثانی، إذ مع عدم الإجازة لا تصح المعاملة، فلا ربح و سیأتی التصریح بذلک من المصنف. و إطلاق کلامه هنا کإطلاق کلام غیره مبنی علی ذلک، کما هو الغالب

(۵) لتبعیة الربح للمال، کما هو الأصل.

(۶) یعنی. للمالک.

(۷) قال فی الشرائع فی مسألة ما إذا قارض العامل غیره: «فان کان بإذنه و شرط الربح بین العامل الثانی و المالک صح، و لو شرط لنفسه لم

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۶

لأن المفروض بطلان المضاربة الثانیة، فلا یستحق العامل الثانی شیئاً، و أن العامل الأول لم یعمل حتی یستحق، فیکون تمام الربح للمالک إذا أجاز تلک المعاملات الواقعة علی ماله. و یستحق العامل الثانی أجرة عمله مع جهله بالبطلان (۱) علی العامل الأول

یصح، لأنه لا عمل له. و إن کان بغیر إذنه لم یصح القراض، فان ربح کان نصف الربح للمالک، و النصف الآخر للعامل الأول، و علیه أجرة الثانی. و قیل: للمالک أیضاً، لأن الأول لم یعمل. و قیل: بین العاملین و یرجع الثانی علی الأول بنصف الأجرة. و الأول حسن». و قال فی المسالک: «و هذه الأقوال لیست لأصحابنا، و لا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، و ان کان ظاهر العبارة بقیل و قیل یشعر به، و إنما هی وجوه للشافعیة موجهة، ذکرها المصنف و العلامة فی کتبه، و نقل الشیخ فی المبسوط قریباً منها بطریقة أخری غیر منقحة. و لهم وجه رابع: أن جمیع النصف للعامل الثانی. عملا بالشرط، و لا شیء للأول، إذ لا ملک له و لا عمل له». و قریب منه ما فی جامع المقاصد. و یشهد لما ذکراه ما فی التذکرة، فإنه بعد ما ذکر أن الأقرب أن یکون الربح للمالک ذکر الوجوه الأخری، و نسبها إلی الشافعیة، و لم ینسب شیئاً منها إلی أحد من أصحابنا.

(۱) کما قیده بذلک الجماعة، و لم أقف علی غیر ذلک من أحد، بل فی جامع المقاصد: «لا شک فی أنه إذا کان عالماً لا یستحق أجرة».

لکن الاختصاص بهذه الصورة یتوقف علی کون الضمان بالغرور، أما إذا کان الضمان بالاستیفاء، و أن من استوفی عمل غیره کان ضامناً له و إن کان عالماً بالبطلان، فالرجوع إلی العامل بأجرة المثل یکون فی صورتی الجهل و العلم.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۲۷

لأنه مغرور من قبله. و قیل: یستحق علی المالک (۱). و لا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له فی العمل هذا إذا ضاربه علی أن یکون عاملا للمالک (۲)، و أما إذا ضاربه علی أن یکون عاملا له، و قصد العامل فی عمله العامل الأول، فیمکن أن یقال: إن الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق فی الشرائع (۳)

---

(۱) حکی هذا الاحتمال فی التذکرة، و علله: بأن نفع عمله عاد الیه.

انتهی. و لا یخفی ما فیه، فان ذلک لیس من أسباب الضمان

(۲) سواء کان الشراء له بذمته أم بعین ماله، فان المبیع له، فیکون له ربحه.

(۳) قد تقدمت عبارة الشرائع، و هی خالیة عن التقیید المذکور، و لا سیما بناء علی ما تقدم منه من عدم صحتها حتی مع اذن المالک، فکیف یخصص بها کلام المحقق؟! و لذلک وجهه فی المسالک: بأن عقد المضاربة وقع معه، فیستحق ما شرط، و عقده مع الثانی

فاسد، فلا يتبع شرطه.

انتهى. و أشكل عليه بعد ذلك: بأن العامل الأول لم يعمل شيئاً، فلا يكون له شيء من الربح. و أما التوجيه المذكور فى المتن من أن العمل المعتبر فى المضاربة الأولى ما يعم المباشرة و غيرها فقد ذكره فى الجواهر، فقال:

«ليس فى عقد القراض ما يقتضى مباشرة العمل بنفسه، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه و بأجرة أو نحو ذلك». و حينئذ يسقط الاشكال المتقدم من أن العامل الأول لم يعمل شيئاً فلا يستحق شيئاً. و على هذا عول فى الجواهر و اختار ما فى الشرائع. لكن عرفت أن مختار الشرائع لا يختص بهذه الصورة، كسائر الأقوال الأخرى المحكية فيها، فلا وجه لتخصيصه بها، كما فى المتن. مضافاً إلى أن البناء على عموم العمل لغير المباشرة يقتضى صحة المضاربة الثانية، إذ ليس مضمونها الا ما هو مأذون فيه فلا وجه للبناء

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٢٨

و ذلك بدعوى: أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، و المفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول، فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح، و عليه أجرة عمل العامل، إذا كان جاهلًا بالبطلان، و بطلان المعاملة لا يضر بالاذن الحاصل منه للعمل له (١). لكن هذا انما يتم إذا لم يكن المباشرة

على بطلانها بدعوى عدم الاذن. و أيضاً إذا كان المراد من العمل فى المضاربة ما يعم عمل غيره عنه وجب أن يكون عمل الغير للمالك، كما أن عمل العامل له، فكما أن العامل يتجر للمالك فالمتبرع عن العامل أيضاً يتجر للمالك، و هذا لا يتناسب مع الصورة المذكورة فى المتن من أن العامل الثانى يعمل للعامل الأول، كما يظهر من قول المصنف: «و أما إذا ضاربه على أن يكون عاملا له». و المتحصل مما ذكرنا وجوه من الإشكال.

(الأول): أن مورد كلام المحقق و غيره من الفقهاء الذين صوروا هذه المسألة صورة ما إذا ضارب العامل غيره من دون اختصاص بأنه عن نفسه.

(الثانى): أن البناء على عموم عمل العامل الذى ضاربه المالك للمباشرى و غيره يقتضى صحة المضاربة من العامل لغيره عن المالك. إذ ليست المضاربة الثانية إلا عملا بالعموم المذكور. (الثالث): أن عموم عمل العامل لغير المباشرة لا يتناسب مع الصورة المذكورة فى المتن، فان عمل المتبرع للعامل يكون للمالك، لا للعامل المتبرع عنه إلا أن يكون المراد من قصد العامل الثانى فى عمله العامل الأول المذكور فى المتن عمل العامل الثانى نيابة عن العامل الأول، و إن كان شراؤه للمالك. لكنه خلاف ظاهر العبارة.

(١) قال فى الجواهر: «و لا ينافيه فرض عدم إجازة المالك. إذ هى للقراض، أما ما وقع منه من الشراء و البيع فهو بإذن العامل الأول الذى لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه». و لا يخفى أن إذن العامل لا تكفى

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٢٩

معتبرة فى المضاربة الاولى (١)، و أما مع اعتبارها فلا يتم، و يتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات و ان لم تجز المضاربة الثانية.

[(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الأخر فى ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا]

(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الأخر فى ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا، كأن اشترط المالك على العامل أن

فى صحة الشراء و البيع إلا- إذا كان العامل مأذوناً من المالك فى الاذن، و إذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلا وجه لصحته، و قد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً فى المضاربة الثانية، إذ مضمونها الشراء و البيع الذى لم يشترط عليه المباشرة

فيهما.

(۱) كما قيده بذلك في الجواهر، و أن ما تقدم مبنى على ما هو الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا، كما في نظائره. و الذى يتحصل مما ذكرناه: أنه إن كان المفهوم من المضاربة الأولى عموم العمل من العامل للباشرة و غيرها كان ذلك موجباً للإذن في المضاربة الثانية، على نحو تكون من توابع الأولى. فيضارب العامل غيره على أن يكون حصته من الربح بينهما على نحو التساوى أو التفاضل. و لو ضاربه على أن يكون تمام الربح بينهما لم تصح لمنافاتها للأولى. و في الصورة الاولى لا بد أن يكون قصد المتعاملين أن يكون العمل للمالك، بمعنى أن الشراء و البيع له لا للعامل الأول، إذ لا معنى له بعد أن كان المال للمالك. إلا أن يكون المقصود أن العامل الثاني ينوب عن العامل الأول في الشراء للمالك، بأن يقصد النيابة عن العامل الأول في الشراء للمالك، و لا بأس به حينئذ. و إن كان المفهوم من المضاربة الأولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف، من بطلان المضاربة، و كون الربح جميعه للمالك إذا أجاز معاملة العامل الثاني و يستحق على العامل الأول أجرة المثل.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۳۰

يخيط له ثوباً، أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك، أو بالعكس، فالظاهر صحته (۱)، و كذا إذا اشترط أحدهما على الأخر بيعاً أو قرضاً أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك. و دعوى: أن القدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال و من العامل إلا التجارة. مدفوعة: بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه. و يكفي في صحته عموم أدلة الشروط (۲). و عن الشيخ الطوسي فيما إذا

---

(۱) قال في القواعد: «و لو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه، فالظاهر صحة الشروط» و قال في التحرير: «الشروط الفاسدة على أقسام ثلاثة، أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط البيع برأس المال ..

(إلى أن قال): الثاني: ما يقتضي جهالة الربح، مثل أن يشترط العامل جزء من الربح مجهولا أو ربح أحد الكيسين .. (الى أن قال): الثالث اشتراط ما ليس من مصلحة العقد و لا مقتضاه، مثل اشتراط النفع ببعض السلع مثل لبس الثوب، و استخدام العبد، و ركوب الدابة و وطء الجارية و ضمان العامل المال أو بعضه. فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد إن اقتضت جهالة الربح، و إلا فلا على إشكال»، و نحوه ما حكاه السيد في مفتاح الكرامة عن العامة، ثمَّ قال: «و لعلهم يستندون الى أن هذا العقد على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن» و لا يخفى أنه إذا تمَّ ذلك جرى في جميع العقود المشتملة على الشروط، لأنها على خلاف الأصل أيضاً و لا يختص بهذا العقد.

(۲) هذا العموم إنما ينفع بعد إحراز عنوان المضاربة عرفاً، لتشمله الإطلاقات المقامية. أما إذا شك في العنوان فالأصل يقتضي بطلان المضاربة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۳۱

اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، و بطلانهما في قوله الأخر (۱)، قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض، لان قسط العامل يكون مجهولا (۲) ثمَّ قال: «و ان قلنا: إن القراض صحيح و الشرط

و عموم صحة العقود إنما يقتضي صحة العقد، لا صحة المضاربة، كما هو محل الكلام. و ان كان الظاهر صدق العنوان عرفاً.

(۱) قال في الشرائع في أواخر كتاب المضاربة: «إذا دفع مالا قراضاً، و شرط أن يأخذ له بضاعة، قيل: لا يصح، لان العامل في القراض

لاـ یعمل ما لا یستحق علیه أجراً، و قیل: یصح القراض و یبطل الشرط. و لو قیل بصحتهما کان حسناً» و قال فی المسالک: «القولان الأولان للشیخ فی المبسوط» أقول: هذه النسبة غیر ظاهرة الوجه، کما یظهر ذلک من ملاحظة کلامه، فان ما ذکره أولًا کان وجهاً لا قولًا، و ما ذکره ثانیاً کان قولًا بقرینة قوله رحمه اللّه: «کان قویاً» لکنه ظاهر فی صحة الشرط و العقد. غایة الأمر أنه لا یجب الوفاء بالشرط، لأن مضمونه- و هو البضاعة- من العقود الجائزة التی لا یجب الوفاء بها، و حینئذ یکون موافقاً للشرائع و القواعد و جماعة من الأصحاب، علی ما نسبه إلیهم فی جامع المقاصد. و من ذلک یشکل ما فی المتن من نسبة القولین إلی الشیخ رحمه اللّه مستنداً فی ذلک إلی عبارة المبسوط المذکورة.

(۲) قال فی المبسوط: «و ذلک أن رب المال ما قارض بالنصف حتی اشترط علی العامل عملًا بغیر جعل، و قد بطل الشرط، و إذا بطل ذهب من نصیب العامل و هو النصف قدر ما زید فیه لأجل البضاعة، و ذلک القدر مجهول، و إذا ذهب من المعلوم مجهول کان الباقی مجهولا،

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۳۲

جائز، لکنه لاـ یلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا یلزم القیام بها کان قویا» و حاصل کلامه فی وجه بطلانهما: أن للشرط المفروض مناف لمقتضی العقد، فیکون باطلا، و ببطلانه یبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حیث أن للشرط قسطا من الربح، و ببطلانه یسقط ذلک القسط، و هو غیر معلوم المقدار. و فیه: منع کونه منافیا لمقتضی العقد (۱)، فان مقتضاه لیس أزید من أن یکون عمله فی مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجی لیس عملا فی مال القراض.

هذا مع أن ما ذکره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ لیس الشرط مقابلا بالعوض فی شیء من الموارد (۲)، و انما یوجب زیادة العوض، فلا ینقص من بطلانه شیء من الحصة حتی تصیر مجهولة. و أما ما ذکره فی

و لهذا بطل القراض. و ان قلنا أن القراض ..» الی آخر ما فی المتن.

(۱) ذکر ذلک فی المسالک و غیرها.

(۲) کان الاولی فی الاشکال علیه أن یقال: إذا کان الشرط ملحوظاً عوضا عن العمل فبطلانه یوجب بطلان المعاوضة و حصول الجهالة، لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفیها، و إذا لم یکن ملحوظاً عوضاً فلا جهالة فی العوض. و لو سلم فالجهالة علی هذا النهج غیر قادحة فی البیع، کما إذا باع ما یملک و ما لم یملک، فضلًا عن المقام الذی لا تقدح فیه جهالة وجود الربح، و لا جهالة مقداره التعیینی، و إن کان معلوماً بالحصة المشاعة.

کما یشکل أیضاً: بأن ما ذکره أخیراً من أن العمل فی البضاعة لوحظ عوضاً عن جزء من النصف، فالعمل لم یکن مجاناً، مناف لما ذکره أولًا من

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۳۳

قوله: «و ان قلنا ..» فلعل غرضه أنه إذا لم یکن الوفاء بالشرط لازماً یکون وجوده کعدمه (۱)، فکأنه لم یشترط، فلا یلزم الجهالة فی الحصة. و فیه: أنه علی فرض إیجابه للجهالة لاـ یتفاوت الحال بین لزوم العمل به و عدمه (۲) حیث أنه علی التقدیرین زید بعض العوض لأجله. هذا و قد یقرر (۳) فی وجه بطلان الشرط المذکور: أن هذا الشرط لا أثر له أصلا، لأنه لیس بلازم الوفاء، حیث أنه فی العقد الجائز، و لا یلزم من تخلفه أثر التسلط علی الفسخ، حیث أنه یجوز فسخه و لو مع عدم التخلف. و فیه أولا: ما عرفت

بطلان الشرط، لأنه یقتضی کون العمل مجاناً.

(۱) إذا کان غرضه ذلک کان الاولی تقریره بناءً علی البطلان، لأن الباطل أولی أن یکون وجوده کعدمه، فکأنه لم یشترط. بل غرضه

تضعیف ما ذکره أولًا، و اختیار صحة الشرط و عدم وجوب الوفاء به، لخصوصیة فی مضمونه، و هو البضاعة التی هی من العقود الجائزة، لا لقصور فیه. و إن کان یشکل: بأن کون البضاعة من العقود الجائزة فی نفسها لا ینافی وجوبها بالشرط.

(۲) لأن مبنى الاشکال على قدح الجهالة على فرض التوزیع على الأبعاض، و حینئذ لا یختلف الحکم فی الصحة و البطلان لکن عرفت أن الشیخ بنى على عدم تمامیة ما ذکره أولا، و أنه غیر صحیح، و لذا قال بصحة العقد و صحة الشرط، غیر أنه لا یجب الوفاء به، لخصوصیة فی مضمونه، کما عرفت. نعم کان المناسب له- قدس سره- أن یتعرض لوجه النظر فیما ذکره أولا، على ما هو القاعدة عند المؤلفین.

(۳) المقرر صاحب الجواهر فی ذیل شرح مسألة عدم صحة اشتراط

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۳۴

سابقا من لزوم العمل بالشرط فی ضمن العقود الجائزة ما دامت باقیة و لم تفسخ، و ان کان له أن یفسخ حتى یسقط وجوب العمل به. و ثانیا: لا نسلم أن تخلفه لا یؤثر فی التسلط على الفسخ، إذ الفسخ الذی یأتی من قبل کون العقد جائزا إنما یکون بالنسبة إلى الاستمرار بخلاف الفسخ الآتی من تخلف الشرط، فإنه یوجب فسخ المعاملة من الأصل، فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح، فان کان من القسم الأول اقتضى حصوله من حینه، فالعامل یستحق ذلک الربح بمقدار حصته، و إن کان من القسم الثانی یکون تمام الربح للمالک (۱) و یستحق العامل أجرة المثل لعمله، و هی قد تکون أزید من الربح، و قد تکون أقل فیتفاوت الحال بالفسخ و عدمه إذا کان لأجل تخلف الشرط.

الأجل فی المضاربة، و أشار إلیه أیضاً فی أواخر کتاب المضاربة، و حاصله:

أن الشرط فی العقود یترتب علیه أثران، تکلیفی و هو وجوب الوفاء، الراجع الى وجوب إیصال الحقوق إلى أهلها، و وضعی و هو جواز الفسخ مع التخلف، وهما فی المقام لا یترتبان.

(۱) هذا ذکره فی جامع المقاصد، و جعله مقتضى النظر. لکن فی الجواهر بعد ما حکاه عنه قال: «إنه لا یمکن التزام فقیه به» و فی أواخر کتاب المضاربة قال: «إنه کما ترى لا ینطبق على القواعد، و على ما اشتهر بینهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط فی العقود الجائزة، و أن حالها کحال الوعد، و لیس فائدة الشرط فیها فائدته فی العقد اللازم من التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به ..». و الاشکال علیه- کما ذکره المصنف-

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۳۵

[(مسألة ۳۴): یملک العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غیر توقف على الإنضاض أو القسمة]

(مسألة ۳۴): یملک العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غیر توقف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلا، و لا کشفا، على المشهور، بل الظاهر الإجماع علیه (۱)، لأنه مقتضى اشتراط کون الربح بینهما (۲)، و لأنه مملوک و لیس للمالک، فیکون للعامل. و

للصحیح (۳): «رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه و هو لا یعلم. قال:

یقوم فان زاد درهما واحدا انعتق، و استسعى فی مال الرجل»

ظاهر. و قد تقدم فی المسألة الثانیة بعض الکلام فی ذلک.

(۱) قال فی المسالک: «لا یکاد یتحقق فیه مخالف، و لا نقل فی کتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما یخالفه»، و نحوه ما عن المفاتیح لکن فی القواعد: «و یملک بالظهور، لا بالانضاض على رأی». و ظاهره التوقف و عدم انعقاد الإجماع علیه.

(۲) لکن الشرط انما اقتضـی المالک علی تقدیر الوجود، لا أنه یقتضـی الوجود، کما هو المدعی. و منه یظهر الإشکال فی قوله (ره): «و لأنه مملوک.»

(۳)

رواه الکلینی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن محمد بن میسر (قیس خ ل) قال: «قلت لأبی عبد اللّه (ع): رجل دفع ..»

إلی آخر ما فی المتن» و رواه الصدوق بإسـناده عن محمد بن قیس، و رواه الشـیخ بإسـناده عن الحسین بن سعید عن بن أبی عمیر عن محمد بن قیس، و بإسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن أیوب بن نوح عن ابن أبی عمیر عن محمد بن میسرة. کذا فی الوسائل «۱». و الطریق الأول مصحح، و الباقیة صحاح

---

(۱) باب: ۸ من کتاب المضاربة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۳۶

إذ لو لم یکن مالکا لحصته لم ینعتق أبوه (۱). نعم عن الفخر عن والده: أن فی المسألة أربعة أقوال (۲)، و لکن لم یذکر القائل و لعلها من العامـة (أحـدها): مـا ذکرنـا (الثانی): أنه یملک بالانضاض، لأنه قبله لیس موجوداً خارجیاً (۳)، بل هو مقـدر موهوم. (الثالث): أنه یملک بالقسمة، لأنه لو ملک

---

(۱) هـذا أول الکلاـم، بـل من الجائز الانعتاق بـذلک، و ارتکابه أهون من ارتکاب ملک العامل بالظهور إذا تحقق أنه لا وجود له، فلا تصلح الروایة دلیلًا علی ذلک، إلا إذا امتنع الانعتاق بغیر الملک، کما أشار إلی ذلک فی الجواهر.

(۲) حکی عن الإیضاح أنه قال: «الذی سـمعناه عن والدی المصـنف أن فی هذه المسألة ثلاثة أقوال»، ثمَّ بعد أن ذکر الأقوال الثلاثة و الاسـتدلال لها قال: «الرابع: أن القسمة کاشفة عن ملک العامل، لأنها لیست بعمل حتی یملک بها» فذکر أولًا أن الأقوال ثلاثة، ثمَّ ذکر قولًا رابعـاً، فیکون المتحصـل من نقله وجود أربعـة أقوال. و لـذلک قـال فی المسالـک: «و نقل الامام فخر الـدین عن والـده فی هـذه المسألـة أربعة أقوال». لکن فی التذکرة بعد ما ذکر القول الأول قال: «و به قال أبو حنیفة، و الشافعی فی أحد قولیه، و احمد فی إحدی الروایتین» ثمَّ اسـتدل له بما فی المتن، ثمَّ قال: «و قال مالک انما یملک العامل حصـة من الربح بالقسـمة، و هو القول الثانی للشافعی و الروایـة الثانیـة عن أحمـد، و اقتصـر علی ذلـک و لم ینقـل الثـانی و لاـ الرابع. لکن فی المسالک عن التـذکرة حکایـة القولین الأولین فلیلحظ.

(۳) هذا التعلیل مذکور فی الإیضاح لإثبات الوجه الثانی. لکنه إن تمَّ اقتضی نفی الأول لا إثبات الثانی.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۳۷

قبله لاختص بربحه (۱). و لم یکن وقایة لرأس المال. (الرابع):

أن القسمة کاشفة عن الملک سابقاً، لأنها توجب استقراره.

و الأقوی مـا ذکرنـا، لما ذکرنا. و دعوی: أنه لیس موجوداً کما تری (۲) و کون القیمـة أمراً وهمیاً ممنوع (۳). مع أنا نقول: إنه یصـیر شریکاً فی العین الموجودة بالنسبة (۴)، و لـذا یصـح له مطالبـة القسـمة مع أن المملوک لا یلزم أن یکون موجوداً خارجیاً، فان الدین مملوک مع أنه لیس فی الخارج (۵). و من الغریب إصرار صاحب الجواهر علی الإشکال فی ملکیته، بدعوی:

أنه حقیقة ما زاد علی عین الأصل، و قیمة الشیء أمر وهمی

---

(١) هذا أيضاً مذكور في الإيضاح تعليلا للوجه الثالث- لكنه إنما بنفي الأولين، و لا يثبت الثالث.

(٢) إذا كان الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال- كما ادعاه في الجواهر، و يقتضيه العرف و اللغة في الجملة- فالدعوى المذكورة في محلها. و لذلك كان المعروف بينهم عدم وجوب الخمس في ارتفاع القيمة و أفتى به المصنف رحمه اللّه في كتاب الخمس.

(٣) هذا المنع غير ظاهر، إذ القيمة عبارة عن المالية التي تكون في العين، و لا شك في أنها أمر اعتباري ناشئ عن حدوث الرغبة في العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء و بذل المال بإزائها، و ليس لها وجود عيني في الخارج.

(۴) لا وجه له، لأنه إذا لم يكن ربح فلا ملك للعامل في الذمة و لا في العين.

(۵) هذا مسلم، إلا أنه لما كان له مطابق خارجي و مصداق عيني

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٣٨

لا وجود له لا ذمة و لا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح. نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض، فيملك. و أغرب منه أنه قال: «بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية». إذ لا يخفى ما فيه (١)، مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى مقدار الربح مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك (٢) فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور (٣) نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن

صح أن يكون مملوكاً، و ليس كذلك القيمة المالية. و من هنا يظهر الإشكال في النقض بملك الدين، كما في جامع المقاصد و المسالك و غيرهما.

مضافاً إلى أن الدين إنما صح ملكه لكونه في الذمة، فإنه لا يجوز ملك ما ليس في الذمة و لا في الخارج، و المدعى في المقام أنه مملوك و ليس في الذمة و لا في الخارج.

(١) بل لا يخفى ما في كلمات المصنف رحمه اللّه في هذا المقام، مثل قوله رحمه اللّه: «كما ترى» و «ممنوع» و «غريب» و «أغرب ..» فإنها كلها غامضة المراد بنحو تكون رداً على ما ذكره في الجواهر.

(٢) إذا تحقق الاتفاق بنحو يصح الاعتماد عليه كان هو الوجه فيما ذكره المشهور، فلا مجال حينئذ للأخذ بما ذكره في الجواهر.

(٣) لا ينبغي التأمل في أنه هو الأقوى. لكن العمدة فيه: أن المراد من الربح في باب المضاربة الذي يشترك فيه المالك و العامل الحصة من العين الزائدة على مقدار رأس المال مالية، لا الربح بالمعنى اللغوي و العرفي، كما

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٣٩

ملكية العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول (١) و على ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية، من جواز المطالبة بالقسمة و إن كانت موقوفة على رضى المالك، و من صحة تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الإرث، و تعلق الخمس و الزكاة، و حصول الاستطاعة للحج، و تعلق حق الغرماء به، و وجوب صرفه في الدين مع المطالبة ..

إلى غير ذلك.

[(مسألة ٣۵): الربح وقاية لرأس المال]

(مسألة ٣۵): الربح وقاية لرأس المال (٢)، فملكية

یقوله فی الجواهر، کی یتوجه علیه ما ذکره من الاشکال. هذا ما تقتضیه الارتکازات العرفیة. و الشاهد علی ذلک أنه لا یجوز للمالک عندهم أن یفسخ المضاربة عند ظهور الربح، و یستقل بالعین، و یطرد العامل محتجاً بعدم حصول الربح، بل یرون أن العامل شریک فی العین علی حسب حصته من المالیة. و ظنی أن ذلک واضح. و حینئذ لا یحتاج إلی الاستدلال علی الحکم بما ذکر، و لا مجال للإشکال بما تقدم.

(۱) فالملکیة ثابتة حین الظهور، لکنها غیر مستقرة. و قد استفاض.

التعبیر بذلک فی کتبهم. و کأنه عملًا بالصحیح المتقدم الدال علی حصول الملکیة بمجرد الظهور. و لولاه کان اللازم البناء علی عدم الملکیة واقعاً إذا کان هناک نقص مالی لا حق، إما لتنزل السعر، أو لتلف المال، أو نحو ذلک، لأن الربح المجعول للعامل ما زاد علی ذلک، لا مطلق الربح.

(۲) هذا من الأحکام المسلّمة بینهم، و فی المسالک: أنه محل وفاق و یقتضیه ما عرفت من أن الربح المجعول للعامل ما زاد علی تدارک النقص المالی الحادث من خسران أو تلف. و هو العمدة فیما ذکروه. و لم أقف علی نصٍ فیه. نعم استدل له بموثق إسحاق بن عمار عن أبی الحسن (ع)

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۰

العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلک خسران أو تلف یجبر به إلی أن تستقر ملکیته، و الاستقرار یحصل بعد الإنضاض و الفسخ و القسمة (۱)، فبعدها إذا تلف شیء لا یحسب من الربح، بل تلف کل علی صاحبه، و لا یکفی فی الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ (۲). بل و لا

قال: «سألته عن مال المضاربة. قال: الربح بینهما، و الوضیعة علی المال» «۱»

بناءً علی أن المال یشمل الأصل و الربح. و هو کما تری ظاهر فی أن المراد من المال ما یقابل الربح.

(۱) هذا مما لا ریب فیه، و فی جامع المقاصد: «لا بحث فی الاستقرار بذلک»، و فی الجواهر: «لا ریب فی الاستقرار حینئذ، ضرورة انتهاء العقد بجمیع توابعه مع تراضیهما بذلک»، و عن الإیضاح: «یستقر بارتفاع العقد و إنضاض المال و القسمة، عند الکل».

(۲) بلا ریب، کما فی الجواهر، لبقاء عقد المضاربة المستتبع لحکمه من جبران الخسارة بالربح کما لو لم یقسم. و مجرد تعیین حصة العامل بالقسمة غیر کافٍ فی الخروج عن مقتضی العقد. لکن ظاهر ما فی القواعد من قوله: «و إنما یستقر بالقسمة أو بالانضاض و الفسخ»: أن القسمة کافیة فی الاستقرار، کما أن الإنضاض و الفسخ کافیان فیه و إن لم تکن القسمة.

و لذا أورد علیه فی جامع المقاصد: بأن القسمة بمجردها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض، لأنه لا معنی للقسمة إلا قسمة الربح، إذ لیس فی رأس المال شراکة الا باعتباره، و قسمة الربح وحده لا تخرجه عن کونه وقایة لرأس المال. و تبعه علی ذلک فی الجواهر. لکن عرفت أنه لا إطلاق لفظی لدلیل الوقایة، کی یتمسک به فی المقام، و أن العمدة فی

---

(۱) الوسائل باب: ۳ من کتاب المضاربة حدیث: ۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۱

قسمة الکل کذلک (۱)، و لا بالفسخ مع عدم القسمة (۲)، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح کان کما سبق، فیکون الربح مشترکاً و التلف و الخسران علیهما، و یتم رأس المال بالربح. نعم لو حصل الفسخ و لم یحصل الإنضاض و لو بالنسبة

الوقایة الإجماع و الارتکاز العرفی، و لیس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة و إن کان المعروف بینهم ذلک، بل یظهر منهم

التسالم علیه. و ما فی القواعد یخالفه ما فیها، فقد جزم بعدم استقرار الملک مع إنضاض قدر الربح و القسمة و أنه إذا خسر المال بعد ذلک رجع علی العامل، کما سیأتی فی المسألة التالیة.

(۱) تقدم ما فی جامع المقاصد من أنه لا معنی للقسمة إلا قسمة الربح إذ لیس فی رأس المال شراکة.

(۲) جعله فی الجواهر- تبعاً لجامع المقاصد- مبنیاً علی وجوب البیع علی العامل بعد الفسخ. و إن قلنا بعدمه فوجهان. انتهی. لکن سیأتی من المصنف رحمه اللّه القول بعدم إجبار العامل علی الإنضاض و البیع.

و أما أحد الوجهین الذین ذکرهما أخیراً فهو الاستصحاب، و عموم علی الید و صدق مال القراض لیشمله ما دل علی أن مال القراض و ضیعته من الربح، و ارتفاع صدق المقارض علی العامل بالفسخ لا ینافی صدق مال المقارضة، الذی هو موضوع الحکم المذکور.

بل قد یقال: بأن تسلیم رأس المال إلی المالک من تتمة المضاربة، فلا یجوز تسلیمه ناقصاً مع وجود الربح الذی یمکن به التدارک. هذا و لکن الجمیع لا یخلو من اشکال. إذ الاستصحاب تعلیقی، و هو غیر حجة. و عموم

«علی الید ..»

لا مجال له فی الأمانات، و الوقایة إنما کانت للدلیل الخاص لا للید، و لذا یختص الخسران بالمالک. و صدق مال المقارضة غیر ظاهر مع الفسخ و ارتفاع القراض به. مع أن مال

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۲

إلی البعض و حصلت القسمة فهل تستقر الملکیة أم لا (۱)؟

إن قلنا بوجوب الإنضاض علی العامل فالظاهر عدم الاستقرار و إن قلنا بعدم وجوبه ففیه وجهان أقواهما الاستقرار. و الحاصل: أن اللازم أولًا دفع مقدار رأس المال للمالک، ثمَّ یقسم ما زاد عنه بینهما علی حسب حصتهما، فکل خسارة و تلف قبل تمام المضاربة یجبر بالربح، و تمامیتها بما ذکرنا من الفسخ و القسمة.

[(مسألة ۳۶): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه]

(مسألة ۳۶): إذا ظهر الربح و نض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضی الآخر فلا مانع منها و إن لم یرض المالک لم یجبر علیها (۲)، لاحتمال الخسران

المقارضة لم یؤخذ موضوعاً لدلیل لفظی، کی یتمسک بإطلاقه و تسلیم رأس المال الی المالک لا دلیل علی وجوبه، کما سیأتی من المصنف. و علی هذا یکون أقوی الوجهین هو الاستقرار. (و دعوی): أنه لا یساعده الارتکاز العرفی، الذی هو العمدة فی الحکم، فان مقتضاه بقاء الاحکام إلی أن تتحقق القسمة، و لذا لو فرض زیادة السعر بعد الفسخ لم تختص الزیادة بالمالک بل تکون بینه و بین العامل، و کذا حکم النقیصة، فیدل علی عدم استقرار الملکیة بالفسخ (ممنوعة جداً) لمنع ذلک کله إذ الفسخ بعد أن کان رافعاً للمضاربة کان رافعاً لأحکامها، و لکل شرط ذکر فی ضمنها، و ثبوت أحکام عرفیة للمضاربة بعد انفساخها یحتاج الی دلیل مفقود.

(۱) فی الجواهر- تبعاً لجامع المقاصد- الجزم بالاستقرار. و لعله لعدم القول بوجوب الإنضاض علی العامل، و إن کان الظاهر أن الارتکاز العرفی یساعد علی الاستقرار بالقسمة و إن قلنا بوجوب الإنضاض علی العامل تعبداً.

(۲) کما فی الشرائع و القواعد، و یظهر من جامع المقاصد و المسالک

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۳

بعد ذلک و الحاجة إلی جبره به. قیل: و إن لم یرض العامل فکذلک أیضاً (۱)، لأنه لو حصل الخسران وجب علیه رد ما أخذه، و لعله لا یقدر بعد ذلک علیه لفواته فی یده، و هو ضرر علیه. و فیه: أن هذا لا یعد ضرراً (۲). فالأقوی:

أنه یجبر إذا طلب المالک. و کیف کان إذا اقتسماه ثمَّ حصل الخسران، فان حصل بعده ربح یجبره فهو، و إلا رد العامل

و الجواهر عدم الخلاف فیه، معلّلین ذلک بلزوم الضرر علی المالک، لاحتمال الخسران بعد ذلک، کما ذکر المصنف. و هو بظاهره غیر تام، لأن احتمال الضرر باحتمال الخسران غیر مطرد. مع أنه لا یمنع من وجوب القسمة و إنما یمنع من وجوب تمکین العامل من حصته، لا من أصل القسمة.

و إنما یمنع من وجوب تمکین العام من حصته، لا من أصل القسمة.

مضافاً إلی إمکان تدارک الضرر المحتمل بأخذ الکفیل و نحوه کما فی غیر المقام مع أن احتمال الضرر غیر کافٍ فی منع سلطنة العامل علی قسمة حصته المشاعة. و احتمال الضرر المالی غیر منفی، و لا مأخوذ موضوعاً للاحکام.

نعم احتمال الضرر النفسی منفی، فیرفع اللزوم إجماعاً، و لبعض النصوص الواردة فی بعض الموارد الخاصة، مثل:

«الصائم إذا خاف علی عینه من الرمد فلیفطر» «۱»

، و لیس کذلک الضرر المالی.

(۱) یظهر ذلک من القواعد، حیث قال: «إن امتنع أحدهما عن القسمة لم یجبر علیها»، و نحوه حکی عن التذکرة و التحریر، و فی جامع المقاصد: «أما إذا کان المرید للقسمة المالک فلأن العامل لا یأمن أن یطرأ الخسران، و قد أتلف ما وصل الیه، فیحتاج إلی غرم ما وصل إلیه بالقسمة و ذلک ضرر. و أورد علیه فی الجواهر بما فی المتن.

(۲) ضرورة إمکان المحافظة علیه بعدم التصرف. بل لو أغرمه لم

---

(۱) الوسائل باب: ۱۹ من أبواب من یصح معه الصوم حدیث: ۱.

أقل الأمرین من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح، لأن الأقل إن کان هو الخسران فلیس علیه إلا جبره، و الزائد له و إن کان هو الربح فلیس علیه إلا مقدار ما أخذ. و یظهر من الشهید أن قسمة الربح موجبة لاستقراره و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لکن قسمة مقداره لیست قسمة له من حیث أنه مشاع فی جمیع المال، فأخذ مقدار منه لیس أخذاً له فقط حیث قال علی ما نقل عنه (۱): «إن المردود أقل الأمرین مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو کان رأس المال مائة و الربح عشرین، فاقتسما العشرین، فالعشرون التی هی الربح مشاعة فی الجمیع، نسبتها إلی رأس المال نسبة السدس فالمأخوذ سدس الجمیع، فیکون خمسة أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فاذا اقتسماها استقر ملک العامل علی نصیبه من الربح، و هو نصف سدس العشرین، و ذلک درهم و ثلثان یبقی معه ثمانیة و ثلث من رأس المال، فاذا خسر المال الباقی رد أقل الأمرین مما خسر و من ثمانیة و ثلث». و فیه (۲):- مضافاً إلی أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلک بالربح السابق إن لم یلحقه ربح و أن علیه غرامة ما أخذه منه- أنظار أخر.

یکن علیه ضرر، لأنه فی مقابل ما تصرف فیه. کذا فی الجواهر

(۱) نقله فی المسالک لکن لا بلفظه بل حاصله، لأنه بعد أن نقل ذلک قال:

«هذا خلاصة تقریره». کما أنه لم یذکر الکتاب الذی ذکر ذلک فیه.

(۲) هذه الإشکالات ذکرها فی المسالک.

منهـا: أن المـأخوذ إذا كـان من رأس المـال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسـران بعـد ذلک. و منها: أنه ليس مأذوناً فی أخذ رأس المال، فلا وجه للقسـمة المفروضة. و منها: أن المفروض أنهما اقتسـما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح لا بعنوان كونه منه و من رأس المال (۱). و دعوى: أنه لاـ يتعين لكونه من الربـح بمجرد قصـدهما مع فرض إشـاعته فی تمام المال (۲) مدفوعة: بأن المال بعد حصول الربـح يصـير مشتركاً بين المالک و العامل. فمقـدار رأس المال مع حصـة من الربـح للمالک و مقـدار حصـة الربح المشـروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما فی هذا المال (۳) فقسمة الربح فی

(۱) و منها: أن اللازم البناء على الوقايـة بالربـح الباقی فی المال، لأن المفروض على كلامه عـدم صـحة القسـمة، فالربح باق مشاعاً فی المال.

(۲) هذه الدعوى ادعاها فی الجواهر، و جعلها مقتضى أصالة بقاء الإشاعة.

(۳) إذ التعيين مقتضى ولايتهما معاً مع مطابقته للمرتكز العرفی الذی هو المرجع بمقتضى إطلاق المقام. ثمَّ إن شيخنا فی الجواهر وجه كلام الشـهيد رحمه اللّه بحمله على أن المالک قد فسخ المضاربة بالنسـبة إلى المقدار المسـتخرج فيسـتقر الملک بالنسبة إلى ربحه. و فيه: أن ما ذكر يصـلح توجيهاً لاستقرار ملک الربح، لا توجيهاً لكلام الشهيد إذ يبقى إشكال عدم جواز تصرف العامل فی رأس المال بغير إذن المالـک بحـاله. و كـذا إشـكال بـأنه يجب رد رأس المال الى المالک و إن لم يطرأ الخسـران. و كـذا إشـكال تسـمية ذلک مقاسمة الربح.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۶

الحقيقة قسمة لجميع المال، و لا مانع منها.

[(مسألة ۳۷): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره]

(مسألة ۳۷): إذا باع العامل حصـته من الربـح بعد ظهوره صح مع تحقق الشـرائط من معلومية المقدار و غيره، و إذا حصل خسـران بعد هذا لا يبطل البيع، بل يكون بمنزلة التلف (۱)، فيجب عليه جبره بدفع أقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه (۲) و مقدار الخسران.

[(مسألة ۳۸): لا إشكال فی أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح]

(مسألة ۳۸): لا إشكال فی أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً، ما دامت المضاربة باقية و لم يتم عملهـا. نعم قـد عرفت ما عن الشـهيد (۳) من عـدم جبران الخسارة اللاحقـة بالربـح السابق إذا اقتسـماه، و أن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته.

و أما التلف فاما أن يكون بعـد الـدوران فی التجارة (۴)، أو بعد الشروع فيها (۵)، أو قبله، ثمَّ إمـا أن يكون التـالف البعض أو الكل، و أيضاً إما أن يكون بآفة من اللّه سماوية أو أرضية، أو بإتلاف المالک أو العامل أو الأجنبی على وجه

(۱) لما دل على لزوم البيع، المانع من إرجاع المبيع إلى البائع أو غيره. و سيأتی نظيره فی المسألة الأربعين.

(۲) إذا كان قيمياً، و أما إذا كان مثلياً فمثل ما باعه.

(۳) و عرفت فی المسألة السابقة ما فيه.

(۴) بأن كان منه شراء و بيع فوقع التلف.

(۵) سیجیء من المصنف مثاله.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۷

الضمان. فان کان بعد الدوران فی التجارة فالظاهر جبره بالربح (۱) و لو کان لاحقاً مطلقاً، سواء کان التالف البعض أو الکل (۲) کان التلف بآفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبی.

و دعوی: (۳) أن مع الضمان کأنه لم یتلف، لأنه فی ذمة

---

(۱) قال فی الشرائع: «المسألة الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فی التجارة احتسب التالف من الربح و کذا لو تلف قبل ذلک. و فی هذا تردد»، و نحوه ما فی القواعد و العدة و غیرهما. و الظاهر أنه لا خلاف فیه، و عن مجمع البرهان: أنه إجماع، و کذا عن السید العمیدی و کأنه الموافق للارتکاز العرفی المنزل علیه الإطلاقات المقامیة. لکن فی جامع المقاصد: یحتمل ضعیفاً عدم الجبران إذا کان التلف بآفة سماویة، أو غصب غاصب، أو سرقة سارق، لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل و تجارته، و لأنه فی الغصب و السرقة یحصل الضمان علی الغاصب و السارق بلا حاجة إلی جبره بمال القراض. و ضعفه ظاهر، فإن کون الربح وقایة لرأس المال فی القراض لم یدل دلیل علی اشتراطه بکون النقص بسبب السوق، و لأنه لا یعقل وجود الربح مع کون رأس المال ناقصاً، و الکلام فی الغصب و السرقة إنما هو مع عدم العوض من الغاصب و السارق، و حینئذ فهو تلف. و مما قررنا یظهر أن دعوی الشارح السید الإجماع علی جبر التالف من الربح بعد دورانه فی التجارة لیس بجید. انتهی لکن أشکل علیه: بأن هذا الاحتمال من بعض الشافعیة، فلا ینافی الإجماع المدعی.

(۲) یعنی: المساوی لرأس المال، إذ لو تلف جمیع المال لم یبق مجال للجبران.

(۳) حکاها فی جامع المقاصد- کما سبق- و استضعفها، و تبعه فی ذلک فی المسالک و الجواهر و غیرهما، و حکاها فی التذکرة عن بعض الشافعیة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۸

الضامن کما تری. نعم لو أخذ العوض یکون من جملة المال (۱) بل الأقوی ذلک إذا کان بعد الشروع فی التجارة (۲) و إن کان التالف الکل، کما إذا اشتری فی الذمة و تلف المال قبل دفعه

علی أنها أحد الوجهین عندهم، ثمَّ قال: و الأصح عندهم أنه مجبور بالربح.

(۱) کما تقدم فی جامع المقاصد.

(۲) قد تقدم التردد فی ذلک فی الشرائع و القواعد، و رده فی جامع المقاصد و المسالک و الجواهر: بأن المقتضی لکونه من مال القراض العقد، لا دورانه فی التجارة ثمَّ إن هذا الجبر مبنی علی بقاء المضاربة فی الفرض المذکور، کما هو المشهور، قال فی القواعد: «فان اشتری للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة، و عقدها باقٍ، و علی المالک الثمن» و فی مفتاح الکرامة: أنه الأقوی، کما فی المبسوط، و التحریر، و المسالک، و به جزم فی المهذب و السرائر و التذکرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروض و مجمع البرهان و کذا الإیضاح. انتهی. و المصرح به فی کلام جماعة اختصاص الحکم بصورة ما إذا أذن المالک فی الشراء بالذمة و أطلق بعضهم. و لکن لا ینبغی التأمل فی البطلان مع عدم الإذن، لأن العامل قصد المالک فی الشراء فلا یصح له بدون إذنه. و لا یبعد ذلک أیضاً فی صورة الإذن، لأنه و إن أذن فی الشراء بالذمة، لکنه قیده بأن یکون الوفاء من مال المضاربة، و قد تلف فانتفت الاذن، فلا یصح الشراء للمالک إلا بإذن جدید، و حینئذ لا یکون الشراء للمضاربة، بل یکون للمالک خالیاً عن حق العامل. و لو فرض أنه أذن له فی الشراء بالذمة من دون قید الوفاء بمال المضاربة فتلف المال، لزم المالک دفع الثمن، و لا یکون مضاربة مستقلة لعدم المال حین

الشراء، و لا متممة للمضاربة الأولی، بحیث یکون مجموع المالین مال المضاربة، لاعتبار التعین الخارجی

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۴۹

إلی البائع فأداه المالک، أو باع العامل المبیع (۱) و ربح فأدی.

کما أن الأقوی فی تلف البعض الجبر (۲) و ان کان قبل الشروع أیضاً کما إذا سرق فی أثناء السفر قبل أن یشرع فی التجارة أو فی البلد أیضاً قبل أن یسافر. و أما تلف الکل قبل الشروع فی التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد (۳)، إذ لا یبقی معه مال التجارة حتی یجبر أو لا یجبر. نعم إذا أتلفه أجنبی و أدی عوضه تکون المضاربة باقیة. و کذا إذا أتلفه العامل.

[(مسألة ۳۹): العامل أمین]

(مسألة ۳۹): العامل أمین (۴)

فی مال المضاربة، و ذلک منتفٍ بالنسبة إلی الثمن الجدید فلا یمکن أن ینضم الی المال التالف. و بالجملة: قوام المضاربة المال الخارجی، فإذا انتفی بالتلف انتفت، و فرض مضاربة جدیدة متممة أو مستقلة ممتنع، لعدم تعین مال آخر خارجاً. هذا إذا انحصر وفاء الثمن ببذل من المالک.

(۱) معطوف علی قوله (ره): «فأداه المالک» و هذه الصورة خارجة عن محل الکلام السابق، فیحتمل فیها صحة المضاربة، لأن الوفاء کان بمال المضاربة و هو الربح. لکنه ضعیف لانتفاء مال المضاربة الذی کان قوام المضاربة، الموجب لانتفائها، و حینئذ یکون الربح للمالک، و للعامل أجرة المثل.

(۲) لما سبق.

(۳) لما عرفت، و کأنه واضح عندهم، بل الظاهر أنه مسلم، و ان کان مقتضی ما ذکروه فی المسألة السابقة من أن قوام المضاربة العقد الصحة، إذ لا فرق فی ذلک بین أن یکون التلف بعد الشراء و قبله.

(۴) کما هو المصرح به فی کلام جماعة کثیرة، بل الظاهر أنه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۵۰

فلا یضمن إلا بالخیانة (۱)- کما لو أکل بعض مال المضاربة أو اشتری شیئاً لنفسه فأدی الثمن من ذلک، أو وطء الجاریة المشتراة أو نحو ذلک- أو التفریط بترک الحفظ، أو التعدی، بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، کما لو سافر مع نهیه عنه أو عدم اذنه فی السفر، أو اشتری ما نهی عن شرائه، أو ترک شراء ما أمره به، فإنه یصیر بذلک ضامناً للمال لو تلف

لا خلاف فیه و لا اشکال، و فی الجواهر: أنه إجماعی. و یقتضیه جملة من النصوص العامة الدالة علی عدم ضمان المستأمن «۱» و الخاصة

کصحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع) قال: «سألته عن الرجل یستبضع المال فیهلک أو یسرق، علی صاحبه ضمان؟ قال (ع): لیس علیه غرم بعد أن یکون الرجل أمیناً «۲»».

(۱) قد تقدم فی المسألة الخامسة ما یدل علی الضمان فی الموارد المذکورة هنا. فراجع تلک النصوص.

ثمَّ إن ظاهر المصنف أن الخیانة مفهوماً تقابل التعدی و التفریط، فالخیانة و التعدی و التفریط مفاهیم ثلاثة متباینة، و المصرح به فی المسالک:

أن الخیانة هی التعدی مفهوماً، فمفهومهما واحد یقابل التفریط. و لعلّه ظاهر الشرائع، حیث عبّر بالتفریط و الخیانة مقتصراً علیهما فی

وجه الضمان. و الذی یظهر من الاستعمالات العرفیة أن التعدی و التفریط کل منهما خیانة، وهما متقابلان فالتعدی فعل ما لا ینبغی أن یفعل، و التفریط ترک ما ینبغی أن یفعل، فأکل مال المضاربة تعد، و مخالفة أمر المالک تعدٍ، و ترک وضعها فی الحرز تفریط، و الجمیع خیانة.

---

(۱) راجع الوسائل باب: ۴ من کتاب الودیعة.

(۲) الوسائل باب: ۳ من کتاب المضاربة حدیث: ۳.

و لو بآفة سماویة، و إن بقیت المضاربة، کما مرّ. و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلک أیضاً (۱). و إذا رجع عن تعدیه أو خیانته فهل یبقی الضمان أو لا؟ وجهان. مقتضی الاستصحاب بقاؤه، کما ذکروا فی باب الودیعة أنه لو أخرجها الودعی عن الحرز بقی الضمان و إن ردها بعد ذلک إلیه. و لکن لا یخلو عن إشکال، لأن المفروض بقاء الاذن (۲)، و ارتفاع

---

(۱) و فی الجواهر: أنه ظاهر الأدلة، و تقدم الجزم بذلک من المصنف قدس سره، لبعض النصوص الصریحة فی ذلک. بل قال فی الجواهر:

«بل قد یقال أو یقوی ضمانه للوضیعة المتجددة بعد التعدی، و بالسفر مثلًا و ان تساوی السعر فی البلدین، علی وجه لو بقی فی البلد الذی سافر عنها کان سعرها ذلک أیضاً. لإطلاق کونها علی العامل مع مخالفته».

و قد یظهر منه نوع من التوقف، لاحتمال انصراف الوضیعة إلی الوضیعة التی جاءت بسبب مخالفته، فلا تشمل صورة ما إذا کانت الوضیعة عامة.

لکن مقتضی کون الوضیعة مذکورة فی سیاق الربح و هو عام فهی أیضاً عامة» بقرینة السیاق.

ثمَّ إن المذکور فی النصوص أمرین: ضمان المال، و ضمان الوضیعة و الأول یکون بمطلق الخیانة و التعدی و التفریط. أما ضمان الوضیعة فیختص بالمخالفة للمالک، فاذا کانت الوضیعة حاصلة بعد التعدی أو التفریط لم یضمنها، و إن کان یضمن العین. و إذا کانت الوضیعة بعد مخالفة المالک ضمنها کما ضمن العین. فلاحظ.

(۲) یعنی فإذا بقیت الاذن فقد بقی الاستیمان، و إذا ثبت الاستیمان فقد شمله عموم: لا ضمان علی الأمین، و هو مقدم علی الاستصحاب. و مثله الکلام فی الودیعة.

سبب الضمان. و لو اقتضت المصلحة بیع الجنس فی زمان و لم یبع ضمن الوضیعة إن حصلت بعد ذلک (۱). و هل یضمن بنیة الخیانة مع عدم فعلها؟ وجهان، من عدم کون مجرد النیة خیانة، و من صیرورة یده حال النیة بمنزلة ید الغاصب (۲) و یمکن الفرق بین العزم علیها فعلًا و بین العزم علی أن یخون بعد ذلک (۳).

[(مسألة ۴۰): لا یجوز للمالک أن یشتری من العامل شیئاً من مال المضاربة]

(مسألة ۴۰): لا یجوز للمالک أن یشتری من العامل شیئاً من مال المضاربة (۴)، لأنه ماله. نعم إذا ظهر الربح یجوز له أن یشتری حصة العامل منه مع معلومیة قدرها. و لا یبطل بیعه بحصول الخسارة بعد ذلک، فإنه بمنزلة التلف (۵) و یجب علی العامل رد قیمتها لجبر الخسارة، کما لو باعها من غیر المالک. و أما العامل فیجوز أن یشتری من المالک قبل

---

(١) قد عرفت أن ضمان الوضیعة یختص بصورة مخالفة المالک، فان لم تکن مخالفة للمالک فلا ضمان لها و إن کان مفرطاً فی عمله، کما هو المفروض فی المقام. بل فی اقتضائه ضمان العین إشکال، فإنه أیضاً یختص بالتعدی و التفریط فی حفظ العین لا فی العمل. اللهم إلا أن یکون مبنی العقد علی البیع مع المصلحة، فترکه مخالفة للعقد، فیکون مخالفاً للمالک.

(٢) هذا أول الکلام، و لا دلیل علیه.

(٣) لکنه لیس بفارق.

(۴) کما نص فی الشرائع و القواعد و غیرهما، و فی الجواهر: أنه بلا خلاف و لا إشکال، معللا له بما فی المتن.

(۵) کذا فی الجواهر أیضاً. و قد تقدم ذلک من المصنف فی المسألة

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ٣۵٣

ظهور الربح، بل و بعده، لکن یبطل الشراء بمقدار حصته من المبیع (١)، لأنه ماله. نعم لو اشتری منه قبل ظهور الربح بأزید من قیمته بحیث یکون الربح حاصلا بهذا الشراء یمکن الاشکال فیه، حیث أن بعض الثمن حینئذ یرجع إلیه من جهة کونه ربحاً، فیلزم من نقله إلی البائع عدم نقله من حیث عوده إلی نفسه. و یمکن دفعه: بأن کونه ربحاً متأخر عن صیرورته للبائع، فیصیر أولا للبائع الذی هو المالک من جهة کونه ثمناً، و بعد أن تمت المعاملة و صار ملکاً للبائع و صدق کونه ربحاً یرجع إلی المشتری الذی هو العامل علی حسب قرار المضاربة، فملکیة البائع متقدمة طبعاً (٢). و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذی هو مال المالک من أجنبی بأزید من قیمته، فان المبیع ینتقل من المالک و الثمن یکون مشترکاً بینه و بین العامل، و لا بأس به فإنه من الأول یصیر ملکاً للمالک ثمَّ یصیر بمقدار حصة العامل منه له بمقتضی قرار المضاربة. لکن هذا علی ما هو المشهور من أن مقتضی المعاوضة دخول المعوض فی ملک من خرج عنه العوض و أنه لا یعقل غیره. و أما علی ما هو الأقوی من عدم المانع من کون

السابعة و الثلاثین. لکن فی جامع المقاصد: «لو تجدد الخسران أمکن القول بالبطلان، و لم أجد تصریحاً بذلک، فینبغی التوقف». و ضعفه ممّا تقدم ظاهر، و فی الجواهر: أنه فی غیر محله.

(١) کما فی القواعد و غیرها،

(٢) تقدم الموضوع علی حکمه.

مستمسک العروة الوثقی، ج١٢، ص: ٣۵۴

المعوض لشخص و العوض داخل فی ملک غیره، و أنه لا ینافی حقیقة المعاوضة (١)، فیمکن أن یقال: من الأول یدخل الربح

---

(١) المعاوضة مصدر «عاوض»، و «فاعل» لا یدل علی المشارکة کما یظهر من ملاحظة موارد الاستعمال کما أشرنا إلی ذلک فی أول کتاب المضاربة، و إنما الذی یدل علی المشارکة «تعاوض» و المصدر له التعاوض فمعنی عاوض أنه أعطی العوض و جعله فی مکان المعوض، أما المعوض فلا یجب أن یکون فی مکان العوض، و علیه فالثمن الذی هو العوض یجب أن یکون فی مکان المثمن المعوض، و لا یجب العکس. نعم یکون العکس إذا لم یکن مقتضٍ للخلاف. هذا هو الموافق للمرتکزات العقلائیة. و أما احتمال أنه لا یجب أن یکون العوض داخلا فی ملک مالک المعوض فیجوز أن یکون المعوض لشخص، فیخرج من ملکه الی ملک غیره، و لا یدخل فی ملکه شیء، بل یدخل العوض فی ملک غیره، و هو الذی جعله المصنف (ره) أقوی، فضعیف جداً، لأن الظاهر من الباء کون مدخولها عوضاً، و الظاهر من العوض کونه فی مکان المعوض، و لذلک کان من المسلمات امتناع الجمع بین العوض و المعوض. و الذی یتحصل: أن المحتمل فی مفهوم المعاوضة أمور ثلاثة (الأول): دخول کل من العوض و المعوض فی ملک من خرج عنه الآخر. (الثانی): دخول العوض فی ملک مالک المعوض دون العکس. (الثالث): عدم لزوم دخول أحدهما فی ملک مالک

الآخر فیجوز أن یدخل کل منهما فی غیر ملک من خرج عنه الآخر. و الاحتمال الأول هو المشهور، و الثانی هو الأقوی، و الثالث ضعیف. و علی الأولین یتوجه الإشکال الذی ذکره المصنف ثمَّ الجواب عنه بما ذکر، و لا یختص الاشکال و الجواب بالمشهور فقط. و علی الثالث لا یتوجه الاشکال من أصله، إذ لا موجب لأن ینتقل المال إلی البائع لعدم دخله فی مفهوم المعاوضة

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۵۵

فی ملک العامل بمقتضی قرار المضاربة، فلا یکون هذه الصورة مثالا للمقام و نظیراً له (۱).

[(مسألة ۴۱): یجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالک فی مال المضاربة]

(مسألة ۴۱): یجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالک فی مال المضاربة (۲) و لا یجوز العکس (۳). مثلا إذا کانت دار مشترکة بین العامل و الأجنبی، فاشتری العامل حصة الأجنبی بمال المضاربة، یجوز له إذا کان قبل ظهور الربح أن یأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح یکون للمالک، فللعامل أن یأخذ تلک الحصة بالشفعة منه. و أما إذا کانت الدار مشترکة بین المالک و الأجنبی، فاشتری العامل حصة الأجنبی، لیس للمالک الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له فلیس له أن یأخذ بالشفعة ما هو له.

علی ما هو المفروض، کی یشکل: بأنه یلزم من نقله إلی البائع عدم نقله و عوده الی نفسه.

(۱) لأن الذی یلزم فی هذه الصورة أن العوض ینتقل الی غیر مالک المعوض، و هو غیر الاشکال السابق الذی هو أنه یلزم من نقل العوض عدم نقله. لکن قد عرفت أیضاً أنه لا یتوجه الاشکال من أصله فی المقام لجواز کون الشیء عوضاً من دون انتقال من مالکه، لأن الموجب لانتقاله من ماله أن یکون فی ملک مالک المعوض، فاذا لم یلزم ذلک فی المعاوضة لم یلزم الانتقال أیضاً.

(۲) یعنی: أن یأخذ ما اشتراه للمضاربة لنفسه بالشفعة.

(۳) یعنی أن یأخذ المالک بالشفعة ما اشتراه العامل له، لأنه إذا اشتراه صار للمالک، فلا معنی لتملکه بالشفعة. و هذا الحکم مذکور فی

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۵۶

[(مسألة ۴۲): لا إشکال فی عدم جواز وطء العامل]

(مسألة ۴۲): لا إشکال فی عدم جواز وطء العامل للجاریة التی اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالک، سواء کان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغیر أو مشترکة بینه و بین الغیر الذی هو المالک. فان فعل کان زانیاً، یحد مع عدم الشبهة کاملا إن کان قبل حصول الربح، و بقدر نصیب المالک إن کان بعده. کما لا إشکال فی جواز وطئها إذا أذن له المالک بعد الشراء (۱)، و کان قبل حصول الربح، بل یجوز بعده علی الأقوی (۲) من جواز تحلیل أحد الشریکین صاحبه وطء الجاریة المشترکة بینهما. و هل یجوز له وطؤها بالإذن السابق فی حال إیقاع عقد المضاربة، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟

المشهور علی عدم الجواز، لأن التحلیل إما تملیک أو عقد (۳) و کلاهما لا یصلحان قبل الشراء (۴). و الأقوی- کما عن

الشرائع و القواعد و غیرهما، و لا إشکال فیه.

(۱) فإنه من التحلیل الذی لا إشکال فی صحته فی الجملة.

(۲) کما ذهب إلیه جماعة من الأساطین. و یدل علیه صحیح محمد ابن قیس

«۱» و سیأتی تحریر ذلک فی المسألة الواحدة و العشرین من فصل نکاح العبید و الإماء.

(۳) کذا فی المسالک.

(۴) فلا یتناوله الحصر فی قوله تعالی (إِلّا عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ)* «۲». کذا فی المسالک.

---

(۱) الوسائل باب: ۴۱ من أبواب نکاح العبید و الإماء حدیث: ۱.

(۲) المؤمنون: ۶.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۵۷

الشیخ فی النهایة- الجواز، لمنع کونه أحد الأمرین، بل هو إباحة (۱)، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم یرجع عن إذنه بعد ذلک، کما إذا قال: اشتر بمالی طعاماً ثمَّ کل منه (۲) هذا مضافاً إلی

خبر الکاهلی (۳) عن أبی الحسن (ع) «قلت:

رجل سألنی أن أسألک أن رجلًا أعطاه مالًا مضاربة یشتری

(۱) لکن یشکل للحصر المذکور فی الآیة الشریفة. إلا أن یقال:

إن الدلیل القطعی الدال علی جواز الوطء بتحلیل المالک موجب للخروج عن عموم الحصر. أو یکون المراد بما ملکت أیمانهم ما یعم التحلیل، و الموجب لذلک أن ما دل علی مشروعیة التحلیل لا یقبل الحمل علی أحد الأمرین من العقد و التملیک، فیتعین المصیر الی ما ذکر. لکن فی جواز التحلیل بهذا المعنی قبل الشراء إشکال، إذ لا إطلاق یقتضی جوازه حینئذ، و الأصل عدم ترتب الأثر

(۲) لا- ینبغی التأمل فی صحة ذلک. لکن المقایسة مع المقام غیر ظاهرة لأن التصرفات الخارجیة لا تتوقف علی الاذن الإنشائی، و یکفی فیها الرضا النفسانی التقدیری المستفاد من الفحوی، فمن أذن لغیره فی دخول داره جاز للمأذون شرب الماء و الوضوء و نحوهما من التصرفات الخارجیة التی لو سئل عنها المالک لإذن فیها، و لا ریب فی عدم کفایة ذلک هنا. نعم المناسب المقایسة بالتصرفات الاعتباریة، کما إذا أذن له فی شراء دار و وقفها أو إجارتها و نحوها من التصرفات الاعتباریة، فإن الإذن فیها لا تتوقف علی وجود الموضوع- کما مثل له فی الجواهر- و إن کان المقام یختلف عن المثال بأنه تصرف خارجی و المثال تصرف اعتباری، لکنه لما کان لا بد فیه من الرضا الإنشائی کان نظیراً.

(۳)

رواه الشیخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۵۸

ما یری من شیء، و قال له: اشتر جاریة تکون معک، و الجاریة إنما هی لصاحب المال، إن کان فیها وضیعة فعلیه، و إن کان ربح فله، فللمضارب أن یطأها؟ قال (ع): نعم»

. و لا یضر

ابن زیاد عن عبد اللّه بن یحیی الکاهلی عن أبی الحسن (ع)، قال: «قلت ..» «۱».

و اسناد الشیخ الی الحسن موثق، و الحسن ثقة، و محمد ابن زیاد صحیح الحدیث، لأن الظاهر أنه محمد ابن أبی عمیر، و احتمال غیره لا یعول علیه عند الإطلاق، و کذلک عبد اللّه بن یحیی الکاهلی، فإنه من الأجلاء- کما قیل- و قد عد حدیثه صحیحاً فی کثیر من الموارد فالخبر من الموثق.

و فى المسالك: «و القول بالجواز للشيخ فى النهاية، استناداً إلى رواية ضعيفة، مضطربة المفهوم، قاصرة الدلالة». و الاشكال على الأول ظاهر. و فى جامع المقاصد فى بيان وجه ما فى القواعد من أن الأقرب المنع: «و وجه القرب الحصر المستفاد من قوله تعالى (إِلّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ)». و لأن أمر الفروج مبنى على الاحتياط التام، فلا يعول فيه على مثل هذه الرواية. لكن الحصر لا بد من التصرف فيه لما دل على مشروعية التحليل، و لا مجال للاحتياط مع الدليل. نعم ذكر فى النافع أن الرواية متروكة، و هذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات. و هذا الترك يوجب سقوطها عن الحجية كغيرها من المهجورات. لكن ذلك يختص بما إذا كان يمنع من الوثوق بصدورها، و فى المقام غير ظاهر، لاحتمال كونه صادراً لأجل هذه الطعون غير المقبولة و إن كان ظاهر المحقق أن القادح فى الرواية أنها متروكة لا قاصرة عن الحجية، فالطعون المذكورة فى كلام من تأخر عنه من باب التعليل بعد الورود، فاذاً لا مجال للعمل بالرواية. فلاحظ.

---

(۱) الوسائل باب: ۱۱ من أبواب كتاب المضاربة.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۵۹

ظهورها فى كون الشراء من غير مال المضاربة (۱) من حيث جعل ربحها للمالك، لأن الظاهر عدم الفرق بين المضاربة و غيرها فى تأثير الإذن السابق و عدمه. و أما وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به (۲) قبل حصول الربح، بل مع الشك فيه، لأصالة عدمه. و أما بعده فيتوقف على إذن العامل، فيجوز معه على الأقوى (۳) من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

[(مسألة ۴۳): لو كان المالك فى المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها]

(مسألة ۴۳): لو كان المالك فى المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها، فإن كان بإذنها فلا إشكال فى صحته، و بطلان

---

(۱) لأن قول السائل: «هى لصاحب المال» يراد منه أنها ليست من مال المضاربة، و الا فإن مال المضاربة أيضاً لصاحب المال. ثمّ إن الظاهر أن هذا الظهور هو الذى دعا المسالك إلى دعوى كونها قاصرة الدلالة. و أما دعواه اضطراب المفهوم فالظاهر أن الوجه فيه أن قول المالك: «تكون معك» غير ظاهر فى الاذن فى الوطء، و لعل المراد أنها تكون معك أمانة و وديعة إلى أن ترجع فى مقابل أن يرسلها الى المالك، لكن لما كان من البعيد الاذن للعامل فى الوطء للوديعة تعين أن يكون الإذن قرينة على أن المراد من كونها مع العامل أن يتخذها فراشاً له. و فيه: أن الظاهر من قوله: «تكون معك» الذى هو جملة وصفية للجارية د الجارية أنه يريد كونها مصاحبة له و المنصرف منه أن تكون فر، لا أمانة.

(۲) لكونها ملكه بلا شريك.

(۳) لما يأتى فى المسألة الواحدة و العشرين من فصل نكاح العبيد و الإماء كما سبق.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۶۰

نكاحها (۱)، و لا ضمان عليه (۲)، و إن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها و نفقتها. و إلا ففى المسألة أقوال (۳):

البطلان مطلقاً، للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها.

و الصحة كذلك، لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها فى ضمن العقد، كما إذا اشترى غير ز. و الصحة إذا أجازت بعد ذلك. و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأول (۴). مع أن قائله غير معلوم (۵). و لعله من يقول بعدم صحة الفضولى إلا فيما ورد دليل خاص. مع أن الاستلزام المذكور ممنوع، لأنها لا يستحق النفقة إلا تدريجاً، فليست هى مالًا لها فوته عليها و إلا لزم غرامتها على من قتل الزوج. و أما المهر فإن كان

(۱) إجماعاً، نصاً و فتوى، کما یأتی فی شرح المسألة السابعة من فصل نکاح العبید و الإماء.

(۲) لعدم الموجب له بعد أن کان الشراء بإذنها. کما هو المفروض.

(۳) قال فی القواعد: «قیل: یبطل الشراء، لتضررها به، و قیل یصح موقوفاً .. (الى أن قال) و قیل: مطلقاً، فیضمن المهر مع العلم»، و نحوه حکی فی جملة من الکتب، و فی الشرائع: اقتصر على ذکر قولین، فقال: «قیل: یصح الشراء، و قیل: یبطل، لأن علیها فی ذلک ضرراً. و هو أشبه»، و نحوه حکی عن المبسوط.

(۴) فالاستلزام الذی ذکر وجهاً له لا یقتضی البطلان مع الإجازة

(۵) کما الجواهر، لکن قال: «و إن حکی عن ظاهر الشیخ فی المبسوط»، و فی التذکرة حکاه قولًا للشافعی.

ذلک بعد الدخول فلا سقوط، و إن کان قبله فیمکن أن یدعى عدم سقوطه أیضاً بمطلق المبطل (۱)، و إنما یسقط بالطلاق فقط مع أن المهر کان لسیدها (۲) لها. و کذا

(۱) احتمل ذلک فی الجواهر هنا، و سیأتی تحقیق ذلک فی المسألة السابعة من فصل نکاح العبید و الإماء، و ذکرنا هناک أن التحقیق بقاء تمام المهر، لأن العقد لم ینفسخ و لم ینحل، و إنما طرأ الطارئ على مورد العقد فمنع من بقاء أثره، و ما دام العقد باقیاً لم ینحل یصح کل شرط فیه، و منه شرط المهر، فلا وجه لتبعیضه، و لا لسقوطه. فراجع.

(۲) هکذا فی النسخ التی بأیدینا، و الصحیح کان لسیده، و المراد منه غامض جداً. و یحتمل أن یکون مراد المصنف ما فی الجواهر فإنه حکى عن المسالک و جامع المقاصد ضمان المهر فی المقام. بل فی الأول منهما جعل الضمان ظاهراً، و استشکل علیه.

أولا: بحصول الاذن منها على فرض الصحة و لو فی ضمن الإطلاق.

و ثانیاً: بمنع فوات المهر علیها مع فرض عدم الفسخ من قبلها، لکونه مستحقاً لها بالعقد.

ثمَّ قال: «و لعل مرادهما ضمان المهر لسید العبد الذی هو الزوج»، یعنی: فلا یکون ضمان المهر للزوجة، و کأن المصنف (ره) یرید بیان ذلک. هذا و لکن احتمال ذلک فی کلام المسالک و جامع المقاصد بعید جداً، لذکر المهر فی سیاق النفقة التی هی إن کانت مضمونة فللزوجة. مع أنه لا وجه لضمان السید مع اقدامه على بیع عبده، إلا أن یکون المفروض الشراء من وکیله، و حینئذ تشکل صحة الشراء إذا کان فیه ضرر على السید، و لو صح کان وکیل السید ضامنا أیضاً کالعامل. مضافاً إلى أن ما فات على السید هو زوجیة عبده بعد أن صار حراً أجنبیاً، لا المهر،

لا ـ وجه للقول الثانی (۱) بعد أن کان الشراء المذکور على خلاف مصلحتها، لا من حیث استلزام الضرر المذکور (۲) بل لأنها ترید زوجها لأغراض أخر، و الإذن الذی تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا (۳). و مما ذکرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالک، فإنه صحیح مع الاذن السابق أو الإجازة اللاحقة، و لا یکفیه الاذن فی العقد، للانصراف.

[(مسألة ۴۴): إذا اشترى العامل من ینعتق على المالک]

(مسألة ۴۴): إذا اشترى العامل من ینعتق على المالک فاما أن یکون بإذنه، أو لا. فعلى الأول و لم یکن فیه ربح صح و انعتق علیه (۴)، و بطلت المضاربة بالنسبة إلیه (۵)، لأنه خلاف وضعها و خارج عن عنوانها، حیث أنها مبنیة على طلب الربح المفروض عدمه، بل کونه خسارة محضة، فیکون

و فوات الزوجية حينئذ كيف يكون ضرراً مالياً على السيد حتى يكون مضموناً له. ثمَّ إن حمل كلام المصنف على هذا المعنى بعيد جداً عن العبارة، فلا مجال له. و لعل فى العبارة سقطاً.

(١) و ان كان القائل به غير معلوم أيضاً كما فى المسالك و الجواهر، و فى التذكرة: حكاه عن أبى حنيفة.

(٢) لما عرفت من المناقشة فيه.

(٣) دعوى الانصراف كلية غير ظاهرة. و كذا فيما بعده.

(۴) لا إشكال فى الحكمين المذكورين، عملًا بعموم الأدلة.

(۵) كما صرح به غير واحد، منهم المحقق فى الشرائع، معللين له بما ذكر فى المتن.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣۶٣

صحة الشراء من حيث الاذن من المالك، لا من حيث المضاربة و حينئذ فإن بقى من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه (١)، و إلا بطلت من الأصل. و للعامل أجرة عمله (٢) إذا لم يقصد التبرع.

(١) كما صرح به فى الشرائع و غيرها، لعدم الموجب للبطلان فى الجميع كما لو تلف بعض المال أو أتلفه المالك أو استرده، لأن العقد على الجميع قابل للتحليل و التجزئة، لأنه على نحو تعدد المطلوب.

(٢) كما عن الإرشاد و المختلف و غيرهما. و عن المبسوط عدم الأجرة، و ظاهر المحقق الثانى الميل اليه، بل لعل ظاهر الشرائع لعدم المقتضى لها، إذ لا أمر بالعمل المذكور، كى يكون استيفاءً موجباً للضمان. و مجرد الاذن فى الشرائع لا يقتضى الأمر به. و الإجماع على أن بطلان المضاربة يوجب ثبوت الأجرة- كما عن الفخر فى الإيضاح- لا يشمل ما نحن فيه، بل يختص بما إذا كان العمل بأمر من المالك فى مقام الاسترباح، و ليس منه المقام.

نعم إذا كانت قرينة على كون الاستئذان للعمل بأجرة استحق المستأذن الأجرة، و تكون الاذن منه كمعاملة على العمل بأجرة. أما إذا لم تكن قرينة فلا موجب لاستحقاقها و ان لم يقصد المستأذن التبرع. و بذلک يظهر الفرق بين الأمر بالعمل و بين الاذن فى العمل، فإن الأول يوجب الضمان إلاـ إذا قصد المأمور التبرع، و الثانى لا يوجب الضمان إلا إذا قصد الآذن الأجرة، و نحوه فى ذلک الاذن فى الاستيفاء، فإنه لا يوجب ضمان المستوفى إلا إذا كانت قرينة على الضمان، كإذن الحمامى فى الاستحمام، و اذن صاحب المطعم فى الأكل من طعامه، فإنه يوجب الضمان للقرينة عليه، فلو لم تكن قرينة لم يستوجب الضمان، كما إذا أذن صاحب الدار فى دخول داره و الأكل من طعامه، فإنه لا يضمن الداخل و لا الآكل، فباب الاذن

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣۶۴

و إن كان فيه ربح فلا إشكال فى صحته (١)، لكن فى كونه قراضاً- فيملک العامل بمقدار حصته من العبد (٢)، أو يستحق عوضه على المالك للسراية (٣)- أو بطلانه مضاربة و استحقاق العامل أجرة المثل لعمله (۴)- كما إذا لم يكن ربح- أقوال، لاـ يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة (۵)، للفرق بينه و بين صورة عدم الربح (۶)، بل لأنه فرع ملكية المالک المفروض عدمها (٧). و دعوى: أنه لا بد أن يقال: إنه يملكه آناً ما ثمَّ ينعتق، أو تقدر ملكيته، حفظاً لحقيقة البيع، على القولين فى تلک المسألة (٨) و أى منهما

غير باب الأمر.

(١) عملًا بعموم الأدلة.

(۲) یعنی بناءً علی عدم السرایة فی مثله.

(۳) کما عن المبسوط. و یقتضیه الصحیح المتقدم فی المسألة الرابعة و الثلاثین

(۴) کما جعله الوجه فی الشرائع و القواعد، و اختاره العلامة فی کثیر من کتبه، و تبعهما علیه غیر واحد ممن تأخر عنهما.

(۵) بذلک استدل فی جامع المقاصد و المسالک علی بطلان المضاربة فیه.

(۶) فإنه بعد أن کان المفروض حصول الربح یکون کسائر أنواع التجارة فی مال المضاربة.

(۷): یعنی أن العامل انما یملک حصته من الربح بعد أن یکون الربح للمالک، لأنه عوض ماله، عملًا بمقتضی المعاوضة، علی ما عرفت فی المسألة الأربعین، و هنا یتعذر أن یکون الربح للمالک، للانعتاق علیه.

(۸) یعنی: القول بالملکیة الفعلیة و الملکیة التقدیریة، یعنی: الملکیة

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۶۵

کان یکفی فی ملکیة الربح. مدفوعة (۱) بمعارضتها بالانعتاق الذی هو أیضاً متفرع علی ملکیة المالک، فان لها أثرین فی عرض واحد، ملکیة العامل للربح. و الانعتاق، و مقتضی بناء العتق علی التغلیب تقدیم الثانی، و علیه فلم یحصل للعامل ملکیة نفس العبد (۲)، و لم یفوت المالک علیه أیضاً شیئاً (۳)، بل فعل ما یمنع عن ملکیته. مع أنه یمکن أن یقال: إن التفویت من الشارع (۴) لا منه. لکن الإنصاف أن المسألة مشکلة، بناء علی لزوم تقدم ملکیة المالک و صیرورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق علی ملکیة العامل عند المعاوضة فی محل المنع (۵). نعم

علی تقدیر عدم المانع، فان ذلک یکفی فی صدق العوضیة من الطرفین.

(۱) کان المناسب أن یقول: مسلمة لکنها لا تجدی فی ملک العامل لحصته من الربح، لوجود المانع و هو الانعتاق من جهة التغلیب

(۲) هذا یقتضی أن یکون المناسب له فی تعلیل اختیار الأخیر أن یقول- بدل قوله: «لأنه فرع ملکیة المالک»-: لتعذر ملکیة العامل للربح.

(۳) یعنی: فلا یکون المالک ضامناً لحصته من الربح للتفویت، فیکون العامل مالکاً لبدل الحصة، لأن الفوات کان بإقدام العامل علی شراء من ینعتق علی المالک، لا بتسبیب المالک.

(۴) لکن تفویت الشارع لا یکون موضوع أثر شرعی، و الضمان یستند إلی فعل المکلف، فمن ألقی نجاسة فی دهن مائع کان ضامناً له للإتلاف، و إن کان ذلک مستنداً الی حکم الشارع بنجاسة المائع.

(۵) لأن تغلیب العتق لا دلیل علیه کلیة لکن إذا لم یکن یکون

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص: ۳۶۶

لو قلنا: إن العامل یملک الربح أولا- بلا توسط ملکیة المالک بالجعل الأولی حین العقد، و عدم منافاته لحقیقة المعاوضة، لکون العوض من مال المالک و المعوض مشترکاً بینه و بین العامل- کما هو الأقوی (۱)- لا- یبقی إشکال، فیمکن أن یقال (۲) بصحته مضاربة، و ملکیة العامل حصته من نفس العبد علی القول

اللازم تساقط الدلیلین، و حینئذ یتم المدعی من عدم ملک العامل، فتبطل المضاربة. اللهم إلا أن یقال: إن إطلاق ما دل علی ملکیة العامل للربح بعد أن یملکه المالک لا یصلح لتشریع الأحکام المخالفة للأحکام الاقتضائیة فإذا کان ملک المالک یقتضی الانعتاق فلا تصلح أدلة مشروعیة المضاربة لمنع ذلک.

(۱) تقدم ذلک فی المسألة الأربعین.

(۲) المذکور فی جامع المقاصد و المسالک و غیرهما فی توجیه بطلان المضاربة فی المقام: اعتبار صلاحیة المال للتقلیب مرة بعد أخرى فیها، و هو منتفٍ فی المقام، للانعتاق بمجرد الشراء. و فی الجواهر: استشکل فی ذلک بل منع من اعتبار ذلک فی مفهوم المضاربة بالنسبة الى جمیع المال. و کأنه لذلک لم یعتن بهذا الوجه المصنف. و فیه: أنه لا إطلاق لفظی فی دلیل المضاربة یشمل المقام، و الإطلاق المقامی قاصر عنه، للشک فی صدق المضاربة فیه. و نحوه مما کان المال لا یقبل التقلیب، و الأصل عدم ترتب الأثر. و عموم صحة العقود و إن کان یقتضی الصحة، لکن لا بعنوان المضاربة، کما سبق فی نظیره من شروط المضاربة، لکن لا بعنوان المضاربة، کما سبق فی نظیره من شروط المضاربة. اللهم إلا أن یکون داخلًا فی عموم المضاربة للصحیح المتقدم فی المسألة الرابعة و الثلاثین، و کفى به دلیلا على صحة المضاربة حینئذ و إن کان مختصاً بالجهل.

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۶۷

بعدم السرایة (۱)، و ملکیته عوضها إن قلنا بها. و على الثانی- أی إذا کان من غیر إذن المالک- فإن أجاز فکما فی صورة الاذن، و إن لم یجز بطل الشراء. و دعوى: البطلان و لو مع الإجازة (۲)، لأنه تصرف منهی عنه، کما ترى، إذ النهی لیس عن المعاملة بما هی، بل لأمر خارج (۳)، فلا مانع من صحتها مع الإجازة. و لا فرق فی البطلان مع عدمها بین کون العامل عالماً بأنه ممن ینعتق على المالک حین الشراء أو

---

(۱) بناءً على اختصاصها بالعتق الاختیاری، فلا یشمل المقام و إن کان سببه اختیاریاً و هو الاذن فی الشراء. و ستأتی الإشارة الى ذلک فی المسألة الآتیة.

(۲) قال فی القواعد: «و إن لم یأذن فالأقرب البطلان إن کان الشراء بالعین أو فی الذمة و ذکر المالک، و إلا وقع للعامل». و فی جامع المقاصد: «یظهر من تقریر الشارح الفاضل أن مراد المصنف بالبطلان أنه لا یقع موقوفاً، بل یقع باطلا، لاستلزام عقد القراض النهی عن هذا التصرف»، و نحو عبارة القواعد عبارة الشرائع و احتمل فی المسالک ما حکى عن شرح الفاضل من البطلان حتى مع الإجازة، للنهی المذکور فی المتن.

(۳) لم یتضح وجود هذا النهی حتى یتکلم فی معناه، بل لیس الا ما دل على المنع من التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه، و لا بد- بناء على صحة الفضولی- من حمله على الإرشاد إلى عدم الصحة بدون الإجازة. و بالجملة:

لا دلیل بالخصوص على النهی، و لا على البطلان و إنما هو من صغریات باب الفضولی، فإذا بنی على صحته بالإجازة فلا بد من البناء على ذلک فی المقام.

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۶۸

جاهلا، و القول بالصحة مع الجهل (۱)، لأن بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو کما إذا اشترى المعیب جهلًا بالحال (۲) ضعیف، و الفرق بین المقامین واضح (۳). ثمَّ لا فرق فی البطلان بین کون الشراء بعین مال المضاربة، أو فی الذمة بقصد الأداء منه (۴) و إن لم یذکره لفظاً. نعم لو تنازع هو و البائع فی کونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البائع، و یلزم العامل به ظاهراً، و إن وجب علیه التخلص منه (۵)، و لو لم

---

(۱) قال فی القواعد: «فی جاهل النسب و الحکم إشکال» و وجهه- کما فی جامع المقاصد و المسالک- ما ذکره فی المتن.

(۲) هذا التمثیل ذکره فی المسالک، و اعتمد علیه.

(۳) فرق فی الجواهر بین المقامین: بأن مبنى المضاربة على الاجتهاد بالنسبة إلى العیب و عدمه و الرغبة فیها و عدمها، فالخطأ و الصواب من توابع المضاربة، ضرورة جریانها على المتعارف فی اعمال التجارة، بخلاف المقام الذی لم یکن حاضراً فی الذهن، و لا

هو متعارف التجارة. انتهی.

و حاصله: أن شراء المعیب مأذون فیه کشراء الصحیح، لأنه یکون مورداً للغبطة و الفائدة کالصحیح، و طرو التعلف لا یقدح فی الاذن کطروه فی شراء الصحیح، بخلاف ما نحن فیه، فإنه غیر مأذون فیه، کما هو المفروض.

(۴) قد تقدم ما فی القواعد من الصحة للعامل مع عدم ذکر المالک و هو ظاهر الشرائع أیضاً، و فیه: أنه یلزم وقوع ما لم یقصد. اللهم إلا ـ أن یکون مقصودهما الوقوع للعامل ظاهراً و فی مقام الإثبات، فمع النزاع بین البائع و المشتری إذا ادعی البائع أنه للعامل کان قوله موافقاً للحجة، و یکون خصمه مدعیاً. أما مع الاتفاق علی قصد المالک فالحکم البطلان.

(۵) لبقائه علی ملک البائع، فیجب علیه رده علیه. و أخذه من باب

یذکر المالک لفظاً و لا قصداً کان له ظاهراً و واقعاً (۱).

[(مسألة ۴۵): إذا اشتری العامل أباه أو غیره ممن ینعتق علیه]

(مسألة ۴۵): إذا اشتری العامل أباه أو غیره ممن ینعتق علیه، فان کان قبل ظهور الربح و لا ربح فیه أیضاً (۲) صح الشراء (۳) و کان من مال القراض، و إن کان بعد

المقاصة للبائع فی مقابل أخذه الثمن، غیر ظاهر، إذ لا دلیل علیها فیما إذا کان المقاص عنه ممتنعاً عن دفع الحق عن شبهة.

(۱) إذا لم یذکر المالک لفظاً و لا قصداً و کان الشراء بالعین، فالمبادلة تکون بین العینین. و ینتقل کل منهما الی ملک مالک الآخر، و إذا کان الشراء بالذمة فلا بد من تعیین الذمة، و إلا لم یکن البدل ذا مالیة، و لا صالحاً للمبادلة به لا عوضاً و لا معوضاً. نعم لا یعتبر التعیین التفصیلی بل یکفی التعیین الإجمالی الارتکازی، و المرتکز فی الذهن من قول القائل:

اشتریت هذا بدینار: أنه بدینار فی ذمتی، فیکون الشراء القائل لا لغیره.

(۲) لم یظهر وجه المقابلة بین الأمرین، و لذلک کانت العبارات خالیة عن الجمع، فمنهم من ذکر الظهور، قال فی الشرائع: «إذا اشتری العامل أباه فإن ظهر فیه ربح انعتق ..»، و منهم من ذکر الربح، قال فی المسالک: «فان لم یکن فیه ربح سابقاً و لا لاحقاً فالبیع صحیح.» و کأنه یرید من ظهور الربح خصوص ارتفاع السوق بعد الشراء، و من الربح زیادة القیمة حال الشراء، و إن کان ذلک لا یناسب ما یأتی فی الصورة الأخری.

و بالجملة الصور ثلاث، لأنه تارة: یظهر الربح حین الشراء، و أخری:

بعد ذلک، و ثالثة: لا ـ یظهر لا حال الشراء و لا بعد ذلک. و الصورة الثالثة واضحة الحکم عندهم و هی الصورة الاولی فی کلام المصنف و فی کلام المسالک.

(۳) بلا اشکال، و فی جامع المقاصد: «قطعاً، لعدم المانع» و فی

ظهوره أو کان فیه ربح، فمقتضی القاعدة و إن کان بطلانه (۱) لکونه خلاف وضع المضاربة، فإنها موضوعة- کما مر- للاسترباح بالتقلیب فی التجارة، و للشراء المفروض من حیث استلزامه للانعتاق لیس کذلک- إلا ـ أن المشهور- بل ادعی علیه الإجماع (۲) صحته، و هو الأقوی فی صورة الجهل بکونه ممن ینعتق علیه، فینعتق مقدار حصته من الربح منه، و یسری فی البقیة، و علیه عوضها للمالک مع یساره، و یستسعی العبد فیه مع إعساره (۳).

المسالك: «إذ لا ضرر فيه على أحد، و لا عتق». و المراد لزوم العمل بعموم الأدلة لما لم يكن مخصص.

(١) كما احتمله في القواعد، لما في المتن، و نسب إلى جماعة، و جعله في المسالك أحد الوجوه في المسألة.

(٢) و في القواعد: أن الصحة أقرب. و عن ظاهر التذكرة: أنه إجماعي، و في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد بل عن الغنية و السرائر: الإجماع عليه»، و عن مجمع البرهان: نسبته إلى فتوى الفقهاء تارة، و إلى نفي الخلاف أخرى.

(٣) هذا أحد الوجوه أو الأقوال و خارج عن معقد الإجماع و نفي الخلاف، و المنسوب اليه قليل، و المذكور في معاقد الإجماع و نفي الخلاف ما في الشرائع و غيرها من أنه يسعى المعتق في باقي قيمته، سواء كان العامل موسراً أم معسراً، بدعوى: أنه ظاهر الصحيح الآتي، و في المسالك:

أنه مقتضى إطلاق الرواية. و من ذلك تعرف أن بيان المصنف لا يخلو من قصور، فقد يظهر منه أن التفصيل بين اليسار و الإعسار معقد الشهرة

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧١

لصحيحة ابن أبي عمير (١) عن محمد بن قيس عن الصادق (ع) «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه و هو لا يعلم قال (ع): يقوم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق و استسعى في مال الرجل».

و هي مختصة بصورة الجهل (٢) المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً (٣). و اختصاصها بشراء الأب لا يضر، بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه (۴) كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً، بعد عدم الفرق بينه و بين الربح السابق (۵) و إطلاقها من حيث اليسار و الإعسار في الاستسعاء أيضاً منزل على الثاني، جمعاً

و الإجماع، و ليس كذلك. و كأن مراده دعوى الإجماع على الصحة فقط.

(١) قد تقدم ذكر هذا الصحيح في المسألة الرابعة و الثلاثين

(٢) كما هو مصرح به في الصحيحة.

(٣) لعدم الوثوق بإرادة الأعم منه، كما في الجواهر. لكن يتم ذلك لو كان الحكم خلاف الأصل- كما أشرنا إليه سابقاً- و إلا أمكن الرجوع الى الأصل المقتضي للصحة و إن كان النص قاصراً عنه.

(۴) كما يقتضيه الارتكاز العرفي، فيكون قرينة على العموم، كما هو ظاهر بعض الكلمات كالقواعد- و ان كان بعضها الآخر- كالشرائع- الاختصاص بالأب. لكن في المسالك: أن الحكم عام، و التخصيص بالأب في الشرائع من جهة أنه مورد الرواية.

(۵) قد عرفت الإشكال في المراد من ذلك، و لو أريد منه الربح السابق على الشراء فليس ذلك موضوعاً لأي أثر شرعي، بل إن بقي حال الشراء فبقاؤه موضوع الأثر و ان زال لم يترتب عليه شيء.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٢، ص: ٣٧٢

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٧٢

بين الأدلة (١). هذا و لو لم يكن ربح سابق (٢) و لا كان فيه أيضاً، لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق و السراية، بمقتضى القاعدة (٣). مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه (۴) فيلحق به الربح الحاصل من غيره (۵)، لعدم الفرق.

(۱) کما فی المسالک و الجواهر. و المراد الجمع بین الصحیح المذکور و ما دل علی ضمان المعتق مع یساره. لکن عموم ذلک المقام محل تأمل، بل منع، لاختصاص ذلک بما إذا أعتقه، فلا یشمل ما إذا اشتراه فانعتق.

و علیه فلا موجب لتقیید النص فی المقام، و لا وجه للتفصیل المذکور فی المتن، الذی جعله فی القواعد أقرب.

(۲) قد عرفت إشکاله.

(۳) قد عرفت إشکاله. و أن أدلة السرایة مختصة بما إذا أعتق شقصاً و هو لا یشمل ما نحن فیه. و ربما استشکل فی السرایة فی المقام حتی بناء علی عموم الدلیل لمطلق العتق الاختیاری، لأن الموجب للعتق ارتفاع السوق و هو خارج عن الاختیار. و فیه: أنه یکفی فی الاختیار الاختیار فی بعض المقدمات.

(۴) کما فی المسالک و الجواهر. و هو کذلک، فان قوله (ع):

«یقوّم» یشمل ما کان التقویم و الزیادة حال الشراء و بعده، فاذاً الواجب عموم الحکم للمقامین.

(۵) یعنی: إذا لم تزد قیمة العبد علی ثمنه لکن زادت قیمة الأعیان الأخری، فإن زیادتها توجب ملکیة العامل لحصته فی جمیع مال المضاربة و منها العبد، فینعتق و یسری العتق فی الباقی، و یستسعی العبد، کما أشار الی ذلک فی الجواهر. و قد یشکل: بأن الحکم بالسرایة علی خلاف الأصل

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۳

[(مسألة ۴۶): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة]

اشارة

(مسألة ۴۶): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة (۱) و أنه یجوز لکل منهما الفسخ إذا لم یشترط لزومها فی ضمن عقد لازم، بل أو فی ضمن عقدها أیضاً. ثمَّ قد یحصل الفسخ من أحدهما، و قد یحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون، أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمکان التجارة لمانع أو نحو ذلک، فلا بد من التکلم فی حکمها من حیث استحقاق العامل للأجرة و عدمه، و من حیث وجوب الإنضاض علیه و عدمه إذا کان بالمال عروض، و من حیث وجوب الجبایة علیه و عدمه إذا کان به دیون علی الناس، و من حیث الجبایة علیه و عدمه إذا کان به دیون علی الناس، و من حیث وجوب الرد إلی المالک و عدمه، و کون الأجرة علیه أو لا، فنقول: إما أن یکون الفسخ من المالک، أو العامل، و أیضاً إما أن یکون قبل الشروع فی التجارة أو فی مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، فی الأثناء أو بعد تمام التجارة، بعد إنضاض الجمیع أو البعض أو قبله،

فلا یصار الیه إلا بدلیل، و هو مفقود فی المقام، لعدم شمول النص له و لا دلیل سواه. اللهم إلا أن یستفاد من النص بمقتضی الارتکاز العرفی الموجب لتنقیح المناط. و مثله فی الاشکال ما إذا زادت قیمة العبد و نقصت قیمة غیره من الأعیان بحیث لا ربح فی المجموع، فلا یملک العامل حصته من الربح لا فی العبد و لا فی غیره، فان مقتضی النص شمول الفرض، لکن القرینة علی العدم ظاهرة، کما أشار الی ذلک فی الجواهر أیضاً.

و کان علی المصنف التنبیه علیه.

(۱) تقدم ذلک کله فی المسألة الثانیة.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۴

قبل القسمة أو بعدها، و

[بیان أحکامها فی طی مسائل]

اشارة

بیان أحکامها فی طی مسائل:

[الأولی: إذا کان الفسخ أو الانفساخ و لم یشرع فی العمل]

الأولی: إذا کان الفسخ أو الانفساخ و لم یشرع فی العمل و لا فی مقدماته فلا إشکال و لا شیء له و لا علیه (۱) و إن کان بعد تمام العمل و الإنضاض فکذلک (۲)، إذ مع حصول الربح یقتسمانه (۳)، و مع عدمه لا شیء للعامل و لا علیه إن حصلت خسارة، إلا أن یشترط المالک کونها بینهما علی الأقوی من صحة هذا الشرط (۴)، أو یشترط العامل علی المالک شیئاً إن لم یحصل ربح (۵). و ربما یظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح (۶). و لا

---

(۱) لعدم الموجب لذلک کله.

(۲) یعنی: لا شیء له بعد ذلک و لا علیه، لعدم الموجب أیضاً.

(۳) عملًا بالمضاربة التی انتهت.

(۴) تقدم الکلام فی ذلک فی المسألة الرابعة.

(۵) کأنه لصحة الشرط المذکور، عملًا

بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» «۱».

لکن بعد فسخ العقد یبطل الشرط معه، و لا یجب العمل به. نعم قد تجب أجرة المثل أو أقل الأمرین من أجرة المثل و الشرط، لقاعدة: الضمان بالاستیفاء، کما یظهر من ملاحظة ما یأتی فی بیان ضعف القول الآتی.

(۶) قال فی التذکرة: «فإن فسخا العقد أو أحدهما فإن کان قبل العمل عاد المالک فی رأس المال، و لم یکن للعامل أن یشتری بعده، و إن کان قد عمل فان کان المال ناضا و لا ربح فیه أخذه المالک أیضاً،

---

(۱) مستدرک الوسائل کتاب التجارة باب: ۵ من أبواب الخیار حدیث: ۷، غوالی اللئالی عن النبی (ص) أنه قال: «المؤمنون عند شروطهم» الجزء: ۱ صفحة: ۴۷۳.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۵

وجه له أصلًا، لأن بناء المضاربة علی عدم استحقاق العامل لشیء سوی الربح علی فرض حصوله، کما فی الجعالة (۱).

[الثانیة: إذا کان الفسخ من العامل فی الأثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له]

الثانیة: إذا کان الفسخ من العامل فی الأثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له (۲) لما مضی من عمله. و احتمال استحقاقه، لقاعدة الاحترام، لا وجه له أصلا (۳). و إن کان من المالک، أو حصل الانفساخ القهری، ففیه قولان (۴)، أقواهما العدم أیضاً بعد کونه هو

المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح، و لا ينفعه بعد

و كان للعامل أجرة عمله الى ذلك الوقت أيضاً». و هو صريح في استحقاق العامل الأجرة حتى مع فسخه و كون المال ناضاً و لا ربح فيه. و في الجواهر: نسبته إلى الغرابة و هو كذلك، إذ هو خلاف مبنى المضاربة ضرورة، و لذا قال في القواعد: «و إذا فسخ القراض و المال ناض لا ربح فيه أخذه المالك، و لا شيء للعامل».

(۱) فإنه لا إشكال في عدم استحقاق العامل شيئاً إذا لم يحصل الأمر المجعول له.

(۲) لما عرفت من كونه مقتضى المضاربة.

(۳) لأن قاعدة الاحترام لو صح أنها موجبة لضمان العمل فذلك فيما لم يكن متبرعاً به، و المفروض في المقام ذلك بعد كونه مقتضى المضاربة على أنك قد عرفت أنها لا توجب الضمان، لأن احترامه يقتضي حرمة اغتصابه، لا ضمان ما يقع منه.

(۴) قال في الشرائع: «إذا فسخ المالك صح، و كان للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت»، و نحوه ما في المختصر النافع و عن الإرشاد و اللمعة

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۶

.....

و الروض [۱]. و علله في المسالك: بأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة، و قد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أجرة المثل إلى حين الفسخ. و استشكل فيه: بأنه لم يقدم إلا على الحصة على تقدير وجودها، و لو لم توجد فلا شيء له، و المالك مسلط على الفسخ حيث شاء. ثمَّ قال: «و يمكن دفعه: بأنه إنما جعل الحصة خاصة على تقدير استمراره و هو يقتضي عدم عزله قبل حصولها، فاذا خالف فقد فوتها عليه، فتجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل». و قد ذكر ذلك كله جامع المقاصد، غير أنه لم ينتظر فيه، و في المسالك قال: «و فيه نظر، لأن رضاها بهذا العقد قدوم على مقتضياته و منها جواز فسخه في كل وقت، و الأجرة لا دليل عليها». و ظاهره البناء على عدم الأجرة، كما أن ظاهر جامع المقاصد البناء عليها، و العمدة عنده فيها تفويت المالك. و في القواعد: «و إذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت نظر»، و ظاهره الميل إلى عدم الأجرة. و اختاره في الجواهر و غيرها.

و الوجه في العدم أصالة البراءة، لأن ما يحتمل أن يكون موجباً للأجرة أمور كلها ضعيفة. (الأول): قاعدة الاحترام، و هي لا تصلح لإثبات الحكم الوضعي: كما سبق. و لو سلم اختصت بما إذا لم يكن في مقام التبرع. (الثاني): قاعدة الاستيفاء و فيها أيضاً الإشكال المذكور.

(الثالث): التفويت، كما عرفت من جامع المقاصد. لكن لا دليل

---

[۱] حكاه عنه في مفتاح الكرامة الجزء: ۷ صفحة: ۵۰۶ و تكرر النقل عنه في مواضع من كلامه في هذه المباحث، و صرح في بعضها أنه شرح للإرشاد الجزء: ۷ صفحة: ۵۱۵ و المعروف أن الكتاب المذكور لم يخرج منه غير كتاب الطهارة و الصلاة و هو المطبوع، و هو الظاهر من كتاب الذريعة الى تصانيف الشيعة الجزء: ۱۱ الصفحة: ۲۷۵.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۷

ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار (۱).

[الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك]

الثالثة: لو کان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالک و صرف جملة من رأس المال فی نفقته، فهل للمالک تضمینه مطلقاً أو إذا کان (۲) لا لعذر منه؟ وجهان، أقواهما العدم لما ذکر من جواز المعاملة و جواز الفسخ فی کل وقت (۳) فالمالک هو المقدم علی ضرر نفسه (۴).

[الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض]

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا یجوز للعامل التصرف فیه بدون إذن المالک (۵) ببیع و نحوه و إن احتمل تحقق الربح بهذا البیع،

علی سببیة التفویت و أنه کإتلاف موجب للضمان. و لا سیما إذا کان بحکم الشارع.

ثمَّ إن القولین المذکورین إنما هما فی صورة فسخ المالک، أما فی صورة الانفساخ القهری فلم یعرف القول بضمان المالک للأجرة، و لیس هو إلا فی خصوص صورة فسخ المالک لا غیر. فلاحظ کلماتهم.

(۱) إذ البناء المذکور لا یوجب ضمان الأجرة.

(۲) یعنی: الفسخ.

(۳) یعنی: فلا مقتضی للضمان. و لأن للسفر کان بإذن المالک و صرف المال فیه أیضاً کان بإذنه، و ذلک لا یوجب الضمان.

(۴) إنما یتم ذلک إذا کان المالک یحتمل الفسخ، أما إذا کان لا یحتمله فلا إقدام منه. فالعمدة عدم موجب للضمان لا حال السفر و لا حال الفسخ.

(۵) کما فی الشرائع و غیرها. و حکی فیها قولا بالجواز، و نسب فی غیرها الی المبسوط و جامع الشرائع. و لکنه غیر ظاهر، إذ الفسخ رافع

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۸

بل و إن وجد زبون یمکن أن یزید فی الثمن فیحصل الربح.

نعم لو کان هناک زبون بانٍ علی الشراء بأزید من قیمته لا یبعد جواز إجبار المالک علی بیعه منه (۱)، لأنه فی قوة وجود الربح فعلًا. و لکنه مشکل (۲) مع ذلک، لأن المناط کون الشیء فی حد نفسه زائد القیمة، و المفروض عدمه. و هل یجب علیه البیع و الإنضاض إذا طلبه المالک أولا؟ قولان، أقواهما عدمه (۳) و دعوی (۴): إن مقتضی

قوله (ع): «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» «۱»

وجوب رد المال إلی المالک کما کان، کما تری (۵).

للإذن فی التصرف، و منه البیع، فلا وجه لجوازه بدون إذن المالک.

(۱) کما فی المسالک، و کذا فی القواعد علی إشکال منه.

(۲) کما فی الجواهر (أولا): بما فی المتن (و ثانیاً): بأنه لا سلطنة له علی المالک فی صورة ظهور الربح الذی لا یزید علی کونه شریکاً. ضرورة أنه لا سلطنة للشریک علی بیع مال الشرکة بغیر إذن شریکه.

(۳) کما جزم به فی الشرائع، و عن الروضة و فی المسالک: «لعله الأقوی فی صورة عدم الربح». اعتماداً منهم علی أصالة البراءة، و عن جامع الشرائع: الوجوب، و عن موضع من المبسوط: موافقته، و فی القواعد: «و لو طلب العامل بیعه فان لم یکن ربح، أو کان و أسقط

العامل حقه منه، فالأقرب إجباره علی البیع لیرد المال کما أخذه».

(۴) ذکر ذلک فی جامع المقاصد، و رده بأن الظاهر منه رد المأخوذ أما رده علی ما کان علیه فلا دلالة له، و التغییر بما حدث کان بإذن المالک و أمره.

(۵) إذ مال المالک حال الفسخ هو العروض بعد کون الشراء بإذنه

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من کتاب الودیعة حدیث: ۱۲، کنز العمال الجزء: ۵ صفحة: ۲۵۷.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۷۹

[الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده]

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده، و بالمال عروض، فان رضیا بالقسمة کذلک فلا إشکال، و إن طلب العامل بیعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (۱) و إن احتمل ربح فیه، خصوصاً إذا کان هو الفاسخ. و إن طلبه المالک ففی وجوب اجابته و عدمه وجوه، ثالثها التفصیل بین صورة کون مقدار رأس المال

و العروض هو الذی یجب رده و أداؤه، لا أصل المال. علی أن الحدیث المذکور وارد فی ضمان المأخوذ و أنه فی ذمة الآخذ، لا فی الحکم التکلیفی- الذی هو وجوب الرد- لیکون مما نحن فیه. و کان الأولی التمسک بوجوب رد الأمانات، و إن کان یشکل أیضاً بما عرفت.

(۱) و فی المسالک: «فیه وجهان، مأخذهما إمکان وصول العامل إلی حقه بقسمة العروض و إسقاط باقی العمل عنه تخفیف من المالک لأنه حقه، فلا یکلف الإجابة إلی بیع ماله بعد فسخ المعاملة، و إن حال العامل لا یزید علی حال الشریک، و معلوم أنه لا یکلف شریکه إجابته إلی البیع.

و من وجوب تمکین العامل من الوصول الی غرضه الحاصل بالاذن، و ربما لم یوجد راغب فی شراء بعض العروض، أو وجد لکن بنقصان، أو رجی وجود زبون یشتری بأزید، فیزید الربح، و لا ریب أن للعامل مزیة علی الشریک، من حیث أن حقه یظهر بالعمل، و الربح عوضه»، و نحوه فی جامع المقاصد.

و لا یخفی أن الوجه الثانی لا یرجع إلی محصل یخرج به عن قواعد الشرکة، المانعة من تسلط الشریک علی إجبار شریکه الآخر، کما هو ظاهر بالتأمل. و من ذلک یظهر ضعف ما فی القواعد: من أنه یجبر المالک علی إجابته.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۸۰

نقداً فلا یجب، و بین عدمه فیجب (۱)، لأن اللازم تسلیم مقدار رأس المال کما کان، عملا

بقوله (ع): «علی الید ..»

و الأقوی عدم الوجوب مطلقاً، و إن کان استقرار ملکیة العامل الربح موقوفاً علی الإنضاض و لعله یحصل الخسارة بالبیع، إذ لا منافاة، فنقول: لا یجب علیه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدلیل علیه، لکن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة، بل أو بعدها یجب جبرها بالربح، حتی أنه لو أخذه یسترد منه.

[السادسة: لو کان فی المال دیون علی الناس]

السادسة: لو كان فى المال ديون على الناس فهل يجب

(١) كما فى القواعد، قال: «و كـذا يجبر مع الربـح. و لو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على إنضاض الباقى، و كان مشتركاً بينهمـا» و هو ظـاهر جـامع المقاصـد، بل و ظاهر المسالك فى آخر كلامه، و فى صـدر كلامه أطلق الوجوب، لكن مورده صورة ما لو كـان الفسخ قبـل الإنضـاض. و ظاهر الشـرائع عـدم الوجوب و حكى عن التحرير، و فى الجواهر جعل مبنى الخلاف هنا الخلاف فيما يتحقـق بـه الاسـتقرار- يعنى اسـتقرار ملـك العامـل للربـح- فـان قلنـا بتحققه بالفسـخ لم يكن للمالـك الإجبـار و إن قلنـا بتـوقفه على الإنضـاض، لأـنه من تتمـة المضاربـة، فلاـ بـد من البنـاء على الوجوب، لأن فرض كونه من تتمـة المضاربـة مساوق لوجوبه، كما لو لم يتحقق الفسخ.

و ظـاهر المتن المنع من الابتناء المـذكور، لإمكان التفكيك بين البناء على كون الإنضاض من تتمـة المضاربـة، بلحاظ جبران الخسارة بالربـح و إن حصـل الفسـخ بينهمـا، و بين البنـاء على عـدم كونه من تتمتها بلحاظ وجوبه على العامل، لأن ثبوت هـذه الأمور ليس من مقتضى المضاربة، لأن

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٨١

على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟

وجهان (١) أقواهما العدم، من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك.

[السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه]

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه

المفروض انفساخها، بل يكون لـدليل تعبدى، و من الجائز أن يدل الدليل على الجبران و لا يدل على وجوب الإنضاض على العامل. و بالجملة:

المضاربـة انفسـخت و تمت، و ليس لهـا بعـد الفسـخ متمم. و الجبران إن قيل به فلـدليل تعبـدى، و من الجائز أن لا يـدل على وجوب الإنضاض.

و فيه: أن التفكيـك المـذكور و إن كـان ممكنـاً فى نفسه، إلاـ أنه غير ظاهر، لأن المضاربـة إن كانت تنتهى بالفسـخ فلا وجه لوجوب الإنضـاض و لاـ للجبران، بـل يكون حـال العامـل و المالـك حال الشـريكين، و إلا فلا بـد من القول بالوجوب كالقول بالجبران. و قد عرفت فيما سبق أن الأوفق بالقواعد الأول. فراجع المسألة الخامسة و الثلاثين.

(١) بل قولان أشهرهما الوجوب، كما عن المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و غيرها، و فى الشرائع: أن على العامل جباية السـلف، و نحوه عن الإرشاد و الروض، و فى القواعد: أن على العامل تقاضيـه، و اختاره فى المسالك، و اسـتدل له: بأن مقتضى المضاربـة ردّ رأس المال على صـفته و الديون لا تجرى مجرى المال، و أن الدين ملك ناقص و الذى أخذه كان ملكاً تاماً، فليرد كما أخذ بظاهر:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

، و إذن المالك بالادانة إنما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة، بدلالة القرائن، و لاقتضاء الخبر ذلك. انتهى. و فيه: أن دلالة القرائن ممنوعة، و الخبر قد عرفت إشكاله.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٨٢

فيما مر من الأحكام (١).

[الثامنة: لا یجب علی العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزید من التخلیة بین المالک و ماله]

الثامنـة: لا یجب علی العامل بعـد حصول الفسخ أو الانفساخ أزید من التخلیة بین المالک و ماله، فلا یجب علیه الإیصال إلیه (۲). نعم لو أرسله إلی بلد آخر غیر بلد المالک

(۱) لأـن الموت فسـخ قهری، فیجری علیه حکم الفسـخ الاختیـاری، فـإذا کـان من حقوق المالـک علی العامـل وجوب الإنضاض بعد الفسـخ و وجوب استیفـاء الـدیون و غیر ذلـک، کـان ذلک الحق لوارث المالک بعـد موته، و إذا کان من حقوق العامل علی المالک جواز بیع العروض بعـد الفسـخ کـان ذلـک لوارثه بعـد موته أیضـاً، فیجوز لوارث العامل البیع. و إذا لم نقل بثبوت الحقوق المـذکورة للمالک و العامل- کما تقدم من المصـنف- لم یکن للوارث شـیء من ذلک أیضاً. لکن قال فی الشرائع: «و کذا لو مات رب المال و هو عروض کان له البیع إلا أن یمنعه الوارث. و فیه قول»، و ظاهره أن جواز البیع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالک، إلا أن یمنعه وارث المالـک. و لکنه غیر ظاهر الوجه، فإن المأذون لا یجوز له التصـرف المأذون فیه مع موت الآذن، للانتقال الی الوارث المقتضـی لحرمـة التصـرف فیه بغیر إذنه، و لاـ یکفی فی جوازه عـدم المنع من المالک. و لـذلک کان القول الآخر الـذی حکاه فی الشـرائع هو المتجه- کمـا فی المسالـک، و نفی عنه البـأس فی التـذکرة- و إن کـان القائـل لیس منا علی ما قیل، بل حکاه فی التـذکرة عن بعض الشافعیة. هذا إذا کان المراد منه القول بعدم جواز البیع إلا بالاذن. و یحتمل أن یکون المراد القول بالجواز و إن نهاد الوارث، بناء علی ما تقدم فی بعض الأقوال من وجوب إجابة المالک إذا أراد العامل البیع.

(۲) للأصل.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۸۳

و لو کان بإذنه یمکن دعوی وجوب الرد إلی بلده. لکنه مع ذلک مشکل (۱). و قوله (ع): «علی الید ما أخذت ..» «۱» أیضاً (۲) لا یدل علی أزید من التخلیة (۳). و إذا احتاج الرد

(۱) أما إذا کان بإذنه فلا ینبغی التأمل فی عدم الوجوب، للأصل و الأمر برد الأمانات فی قوله تعالی (إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِها) «۲» یختص بما إذا کان بعـد الطلب، فالمراد منه ما یقابل الحبس. و أما إذا کان بغیر إذنه فلا ینبغی التأمل فی الوجوب، لأن النقل تفویت لخصوصیة المکان التی کانت للعین، فیجب تدارکها. فالمسألتان لیستا من باب واحد، الأولی من باب الأمانة، و الثانیة من باب الضمان.

(۲) قد عرفت أنه لا یحسن التمسک فی المقام بالحدیث الشریف المذکور فی المسألتین، بل المتجه التمسک فی الأولی بما دل علی وجوب أداء الأمانة و حرمة حبسها، و فی الثانیة بالحدیث الشریف. و بالجملة: ینبغی إجراء أحکام الأمانة فی المقام.

(۳) لا یخفی أن الأداء الذی أخذ غایة للضمان ملازم لأخذ المالک، فلا یتحقق بدونه، و لا یکفی فیه مجرد التخلیة من دون أن یأخذه المالک، (فان قلت): إن ذلک خلاف قاعدة السلطنة علی النفس، لأن عدم أخذ المالک- علی هذا- یوجب اشـتغال ذمة الضامن من دون اختیاره.

(قلت): لا مانع من ذلک إذا اقتضاه الدلیل. و کذا دعوی: أن ذلک خلاف قاعدة نفی الضـرر، فان اشتغال ذمته بالعین ضرر علیه. إذ لا مانع من تخصیص القاعدة بالدلیل المذکور. اللهم إلا أن یقال: إن حمل الأداء

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من کتاب الودیعة حدیث: ۱۲، و باب: ۱ من کتاب الغصب حدیث: ۴.

(٢) النساء: ۵۸.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٨۴

إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالک (١)، كما فى سائر الأموال.

نعم لو سافر به بدون إذن المالک إلى بلد آخر، و حصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب فى وجوب الرد و الأجرة (٢). و إن كان ذلک منه للجهل بالحكم الشرعى (٣) من عدم جواز السفر بدون إذنه.

[(مسألة ۴٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال]

(مسألة ۴٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لا حقاً (۴)، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق و بالعكس.

على ما يقابل الأخذ أهون من تخصيص القاعدتين المذكورتين. و لا سيما بملاحظة ذكره فى الحديث الشريف فى مقابل الأخذ، فالمراد من الأداء رفع اليد عن العين. مضافاً إلى أن ذلک هو الموافق للارتكاز العقلائى فى باب الضمان، و أنه يكفى فى ارتفاع الضمان تقديم العين إلى المالک و جعلها بين يديه و تحت سلطانه. و المظنون أن على ذلک بناء الفقهاء و إن لم يحضرنى فعلا تحرير لذلک فلاحظ.

(١) لأنها لمصلحة ماله.

(٢) أما وجوب الرد فلأن خصوصية كونه فى المكان الكذائى قد فوتها الغاصب، فيجب عليه تداركها. و أما الأجرة فلتوقف الرد الواجب عليها.

(٣) لعدم الفرق فى وجوب تدارک ما فات بفعله بين العلم بالحكم و الجهل به.

(۴) و الظاهر أنه من القطعيات، و فى الجواهر: جعل بعض ذلک ضرورياً، لإطلاق الدليل، و كذا ما بعده.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٣٨۵

ثمَّ لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، و كذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر ثمَّ اتجر ببعض الباقى فربح، يجبر ذلک الخسران بهذا الربح، و كذا إذا اتجر بالبعض فخسر ثمَّ اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقى فربح. و لا يلزم فى الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة و التلف مطلقاً ما دام لم يتم عمل المضاربة (١) ثمَّ إنه يجوز للمالک أن يسترد بعض مال المضاربة فى الأثناء، و لكن تبطل بالنسبة اليه، و تبقى بالنسبة إلى البقية (٢)، و تكون رأس المال، و حينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية، ثمَّ اتجر العامل بالبقية أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلک الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه. مثلا إذا كان رأس المال مائة، فتلف منها عشرة أو خسر عشرة و بقى تسعون، ثمَّ أخذ المالک من التسعين عشرة و بقيت ثمانون، فرأس المال تسعون، و إذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً

---

(١) قد تقدم الكلام فى ذلک فى المسألة الخامسة و الثلاثين.

(٢) سيأتى فى المسألة الثانية عشرة من مسائل الختام عدم صحة التبعيض فى الفسخ، فاذا انفسخت المضاربة بالنسبة الى بعض المال انفسخت بالنسبة إلى جميعه، فيحتاج تجديدها فى الباقى الى اجتماع الشروط. و عليه يشكل البناء فى المقام على بطلانها بالنسبة الى ما أخذه المالک و صحتها بالنسبة الى ما بقى و يكون هو رأس المال، و ان كان يظهر من كلماتهم فى المقام التسالم

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۸۶

تجبر تلک العشرة، و لا یبقى للعامل شیء. و کذا إذا أخذ المالک بعد ما حصل الربح مقداراً من المال- سواء کان بعنوان استرداد بعض رأس المال، أو هو مع الربح، أو من غیر قصد إلى أحد الوجهین- ثمَّ اتجر العامل بالباقی أو ببعضه، فحصل خسران أو تلف، یجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع منه فی الذی أخذه المالک، و لا یختص الجبر بما عداه، حتى یکون مقدار حصة العامل منه باقیاً له. مثلا إذا کان رأس المال مائة فربح عشرة ثمَّ أخذ المالک عشرة، ثمَّ اتجر العامل بالبقیة فخسر عشرة أو تلف منه عشرة، یجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه فی العشرة المأخوذة، فلا یبقى للعامل من الربح السابق شیء.

و على ما ذکرنا فلا وجه لما ذکره المحقق (۱) و تبعه غیره من أن الربح اللاحق لا یجبر مقدار الخسران الذی ورد على العشرة

على ذلک. و کذا فی باب الإقالة، فإنها تجوز فی البعض دون البعض، و المخالف فی ذلک شاذ نادر. فلاحظ. و یحتمل فی المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة إلى ما أخذه المالک، و یکون ما أخذه المالک بحکم ما لو وضع فی کیس مستقل و أفرز عن باقی المال. لکن لازم ذلک جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالک فیتعین البناء على التبعیض.

(۱) قال فی الشرائع: «إذا کان مال القراض مائة فخسر عشرة و أخذ المالک عشرة، ثمَّ عمل بها الساعی فربح کان رأس المال تسعة و ثمانین إلا تسعاً، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو کالموجود، فاذاً المال فی تقدیر تسعین، فاذا قسم الخسران- و هو عشرة- على تسعین کانت حصة العشرة المأخوذة دیناراً و تسعاً، فیوضع ذلک من رأس المال»،

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۸۷

المأخوذة، لبطلان المضاربة بالنسبة إلیها، فمقدار الخسران الشائع فیها لا ینجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقی (۱) بعد خسران العشرة فی المثال المذکور لا یکون تسعین، بل أقل منه بمقدار

و نحوه عبارة القواعد و التذکرة و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالک و مجمع البرهان، و عن المبسوط و جامع الشرائع و المفاتیح، من دون تعرض للإشکال فیه، بل فی کلام بعضهم أنه ظاهر. و غرضهم أن خسران العشرة لما کان موزعاً على الجمیع فیلحق کل عشرة من التسعین الباقیة تسع منه، و هو واحد و تسع، فالعشرة التی أخذها المالک لما خرجت عن مال المضاربة لم یکن خسرانها مجبوراً من الربح، لأن الربح إنما یجبر به الخسران المتعلق بمال المضاربة، و المفروض أن العشرة التی أخذها المالک قد خرجت عن مال المضاربة، و حینئذ یختص الجبران بالخسران المتعلق بالباقی، و هو تسعة و ثمانون الا- تسعاً، فاذا کان الربح عشرة- کما هو المفروض- و یجبر منه الخسران المتعلق بباقی المال، و یزید منه واحد و تسع، فیکون هذا الزائد بین المالک و العامل.

(۱) لعل الأولى فی التعبیر أن یقول: فرأس المال، الذی یجبر نقصه بعد أخذ المالک العشرة، هو تسعة و ثمانون الا تسعاً و لا یجبر من الربح المتأخر النقص المتعلق بالعشرة التی أخذها المالک، لخروجها عن مال المضاربة و قد ذکر فی القواعد و التذکرة مثالًا آخر، و هو ما لو کان رأس المال مائة فخسر عشرة، ثمَّ أخذ المالک خمسة و أربعین، و الحکم أیضاً أن یوزع الخسران على الجمیع، فیلحق الخمسة و الأربعین التی أخذها المالک نصف الخسران و هو خمسة، و یلحق الباقی أیضاً خمسة، فإذا ربح بعد ذلک عشرة کان نصفها جابراً للخسران الوارد على الباقی، و النصف الآخر بین المالک و العامل على حسب شرطهما فی المضاربة. و لا یجبر من الربح المذکور

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۳۸۸

حصة خسارة العشرة المأخوذة، و هو واحد و تسع، فیکون رأس المال الباقی تسعین إلا واحد و تسع، و هی تسعة و ثمانون

الخسران الوارد علی المقدار الذی أخذه، لخروجه عن مال المضاربة.

و کذا الحکم عندهم فی سائر الموارد یوزع الخسران علی الجمیع بالنسبة، و لا یجبر بالربح الخسران المتعلق بما أخذه المالک، بل یجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقی. و لم أقف علی متأمل منهم فی ذلک.

نعم فی الجواهر- بعد تقریب ما ذکره فی الشرائع- قال: «لکن الانصاف عدم خلوّ المسألة الأولی عن إشکال، باعتبار عدم ثبوت ما یقتضی شیوع الخسارة علی المال کله علی وجه لو أخذ المالک بعض المال یلحقه بعض الخسارة، و إنما المنساق احتساب ما یأخذه المالک من رأس المال، و أما الخسارة السابقة فتجبر بما بقی من مال المضاربة، إذ المالک قد أخذ العشرة مستحقة للجبر ..».

و فیه: أنه لا ریب فی أن الخسارة موزعة علی جمیع المال حتی الذی أخذه المالک، و إنما الإشکال فی جبر الخسارة المتعلقة بما أخذه المالک من الربح الحاصل من الباقی، و العمدة فی الاشکال فیه: أنه بعد بطلان المضاربة فیه یخرج عن کونه مال المضاربة، فلا وجه لجبر خسارته بربح غیره الباقی، لأن ربح مال المضاربة یجبر خسران ذلک المال، لا خسران غیره. و ما تقدم من المصنف (ره) و غیره من بقاء حکم الجبر و إن فسخت المضاربة إنما یسلم فیما إذا ورد الفسخ علی تمام المال قبل إنضاضه أو قسمته، ثمَّ ربح هو فیجبر به الخسران السابق، لا فیما إذا فسخ العقد بالإضافة الی بعض مال المضاربة و صار ملکاً للمالک مختصاً به. و بقیت المضاربة فی غیره من المال، فإنه لا وجه لهذا الجبران حینئذ، فإن ذلک مما لا یساعده الارتکاز العرفی أصلًا.

مستمسک العروة الوثقی، ج‌١٢، ص: ٣٨٩

إلا تسع. و کذا لا وجه لما ذکره بعضهم (١) فی الفرض الثانی أن مقدار الربح الشائع فی العشرة التی أخذها المالک لا یجبر الخسران اللاحق، و ان حصة العامل منه یبقی له و یجب علی المالک رده الیه، فاللازم فی المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذکور، بل قد عرفت سابقاً

و یتضح ما ذکرنا فی المثال الثانی الذی ذکره فی القواعد و التذکرة، من أن المالک بعد خسران العشرة قد أخذ خمسة و أربعین، فإنه علی تقدیر فسخ المالک فیها و أخذها و إبقاء مثلها فی ید العامل یبعد جداً أن یکون الربح الحاصل فی الخمسة و الأربعین التی بید العامل یجبر به الخسران المتعلق بما أخذه المالک، فإن أحدهما صار أجنبیاً عن الآخر.

نعم إذا کان المالک قد أخذ بعض مال المضاربة لا بعنوان الفسخ، فإنه لم یبعد الحکم بالجبران حینئذ. بل حتی لو صرفه المالک فخرج عن کونه مال المضاربة لانعدامه، فان مثل هذا الخروج لانتفاء القابلیة لا یمنع من لزوم الجبر، ضرورة أنه فی المثال الأول لو تلفت عشرة بعد خسران عشرة فإن التالفة تجبر خسارتها المتعلقة بها مع خروجها عن مال المضاربة بالتلف، کما تجبر هی نفسها، فالخروج عن مال المضاربة لتلف أو نحوه لا یمنع من بقاء الجبر، فیجبر نفس المال و تجبر خسارته، و من ذلک یظهر لزوم التفصیل بین أن یکون ما یأخذه المالک بعنوان الفسخ فیتم ما ذکره المحقق و من وافقه، و بین أن لا یکون بعنوان الفسخ، فیتم ما ذکره فی الجواهر و من وافقه و ان خرج البعض عن کونه مال المضاربة لفقد القابلیة.

و اللّه سبحانه ولی التوفیق و السداد.

(١) اقتصر فی الشرائع علی ذکر المسألة الأولی، و کذا فی الإرشاد و مجمع البرهان، و لم یتعرضوا للثانیة. لکن فی القواعد و التذکرة و جامع

مستمسک العروة الوثقی، ج‌١٢، ص: ٣٩٠

أنه لو حصل ربح و اقتسماه فی الأثناء و أخذ کل حصته منه، ثمَّ حصل خسران: أنه یسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو کان الخسران بعد الفسخ (١) قبل القسمة، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الإنضاض علی العامل و أنه من تتمات المضاربة.

[(مسألة ۴۸): إذا کانت المضاربة فاسدة]

(مسألة ۴۸): إذا کانت المضاربـة فاسدة فإما أن یکون مع جهلهما بالفساد، أو مع علمهما أو علم أحدهما دون الآخر فعلی کل التقادیر الربـح بتمـامه للمالک، لإذنه فی التجارات (۲) و إن کانت مضاربته باطلـة. نعم لو کان الإذن مقیـداً بالمضاربـة (۳) توقف ذلک علی إجازته، و إلا (۴) فالمعاملات الواقعة باطلة (۵) و علی عدم التقید أو الإجازة یستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله (۶). و هل یضمن عرض ما أنفقه فی السفر علی نفسه،

المقاصد: ذکرت المسألتان معاً، و جعلتا فی کلامهم من باب واحد. لکن فی الجواهر: خص إشکاله بالمسألة الأولی، و ظاهره أنه وافق الجماعة فی المسألة الثانیة و الفرق بین المسألتین غیر ظاهر.

(۱) قد عرفت الاشکال فیه فی المسألة الخامسة و الثلاثین.

(۲) لأن المضاربة تستلزم الاذن فی التجارة و إن کانت باطلة.

(۳) یأتی فی المسألـة الثانیـة من مسائل الختام: أنه إذا لم تکن قرینـة علی التقییـد فإطلاق العقـد یقتضـی إطلاق الاذن و إن کان العقد باطلًا.

(۴) یعنی: و إن لم یجز.

(۵) لعدم الاذن من المالک و لا الإجازة.

(۶) لأنه لم یقصد التبرع فیکون مضموناً علی من استوفاه و لو بالعقد

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۳۹۱

لتبین عدم استحقاقه النفقة، أولا، لأن المالک سلطه علی الإنفاق مجاناً؟ وجهان أقواهما الأول (۱). و لا یضمن التلف و النقص. و کذا الحال إذا کان المالک عالماً دون العامل، فإنه یستحق الأجرة، و لا یضمن التلف و النقص. و إن کانا عالمین أو کان العامل عالماً دون المالک، فلا أجرة له، لإقدامه علی العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة (۲)، و ربما یحتمل فی

الفاسد، لأن الضمان بالاستیفاء لا یختص بعقد صحیح أو فاسد، لعموم بناء العقلاء علیه.

(۱) مقتضـی قاعـدة: ما لا یضـمن بصـحیحه لا یضـمن بفاسده، عدم الضـمان. و لو أشـکل تطبیق القاعدة: من جهة أنها تختص بمورد العقد، و النفقة فی المقام لیست موضوعاً للعقد، کفی مستندها فی عدم الضمان، و هو التسلیط علی إتلاف ماله. مجاناً، و الاقدام علی عدم ضمانه، المانع من عموم:

من أتلف مال غیره فهو له ضامن، للمقام. و کما أن عموم:

«علی الید»

لا یشـمل المضاربة الفاسدة، فلا یضمن العامل المال مع فساد المضاربة، لعموم ما دل علی عدم ضمان الأمین کذلک عموم: من أتلف .. لا یشـمل المضاربـة الفاسـدة، فلا یقتضـی الضـمان بالإتلاف، لعموم ما دل علی عدم ضـمان المأذون بالإتلاف، المسـتفاد من بعض نصوص القاعـدة. اللهم إلاـ أن یقال: إنه لا إذن فی الإتلاف، لاختصاصـها بعامل المضاربـة، و المفروض انتفاؤه، فهو نظیر ما لو أعطی الطعام لزوجته بعنوان کونه نفقة الزوجیة فتبین أنها لیست زوجة، فإنه لا ینبغی التأمل فی الضمان. فلاحظ و تأمل.

(۲) العلم بعـدم صـحة المعاملـة شـرعاً لا یقتضـی الإقـدام علی التبرع، الموجب لعدم الاسـتحقاق. و کذلک الغاصب إذا اشتری بالمال المغصوب إنما یقصد الشراء، و لا یقصد أخذ المال مجاناً، و البائع إذا کان عالماً

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۹۲

صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة (۱) و فيه: أن المفروض عدم قصدها (۲)، كما أنه ربما يحتمل

بالغصب إنما يقصد البيع و لا- يقصد التمليک المجانى. و لذلک يصح البيع بالإجازة من المالک، و لو لم يكونا قد قصدا البيع و الشراء لم يصح بالإجازة و قد تقدم فى كتاب الإجارة نظير المقام فى المسألة السادسة عشرة من فصل تمليک المستأجر المنفعة. فراجع.

(۱) تفترق الجعالة عن الإجارة و المضاربة و المزارعة و المساقاة و نحوها:

بأنها إيقاع لا يقوم إلا بالجاعل، و لا يعطى لغيره لوناً و لا حكماً، فان من قال لغيره: إن خطت ثوبى فلک على درهم، فقد جعل شيئاً على نفسه و لم يجعل شيئاً على غيره، بخلاف العناوين المذكورة فإنه فيها يكون العامل ذا لون خاص، يكون به مستحقاً عليه العمل و مسؤولا عن العمل و لا بد له منه، و لذلک كانت من العقود، لأن هذه المسؤولية و كونه مستحقاً عليه العمل لا تكون إلا بقبول من عليه المسؤولية، و لا تكون بغير سلطانه، و لا ينافى ذلک جواز الفسخ فى المضاربة، فإن المسؤولية لو لا الفسخ كافية فى الاحتياج الى القبول. و نحو ذلک الفرق بين الاذن و الوكالة فإن الاذن من الإيقاع، فلا- يحتاج إلى قبول المأذون، لأنه لا يكتسى به عنواناً، و لا مسؤولية، بخلاف الوكالة فإنها توجب ثبوت عنوان للوكيل يكون به مسؤولًا عن العمل، و قائماً مقام الموكل، فالوكيل فى البيع و الشراء يجب عليه أن يبيع إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلک، كما يجب عليه أن يشترى إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلک، و إلا كان خائناً و جارياً على خلاف مقتضى عنوان الوكالة، و ليس كذلک المأذون فى البيع و الشراء

(۲) قد عرفت اختلاف عنوان الجعالة عن عنوان المضاربة، و لما كانا قصديين فلا يصح أحدهما إلا بقصده

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۹۳

استحقاقه أجرة المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد. و له وجه (۱)، و إن كان الأقوى خلافه. هذا كله إذا حصل ربح و لو قليلا، و أما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة و لو مع الجهل مشكل، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح. و على هذا ففى صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح و أجرة المثل. لكن الأقوى خلافه (۲)، لأن رضاه بذلک كان مقيداً بالمضاربة (۳) و مراعاة الاحتياط فى هذا و بعض الصور المتقدمة أولى.

---

(۱) لأنه حينئذ لم يقدم على عدم الاستحقاق شرعاً، و إنما أقدم على أنه مستحق شرعاً لأجرة المثل.

(۲) يعنى: فلا يستحق العامل أيضاً فى هذه الصورة. لكنه غير ظاهر، لأن الموجب لعدم الاستحقاق على هذا المبنى. إقدامه على العمل باعتقاد عدم الاستحقاق شرعاً، و هو غير حاصل فى الفرض.

(۳) فمع فسادها يضمن بقيمته، كما فى غيره من الموارد، لعدم كونه متبرعاً، كما هو المفروض. لكن على هذا يشكل الحكم بعدم الاستحقاق فى الصورة السابقة، إذ إقدامه على العمل بلا عوض أيضاً يكون مقيداً بالمضاربة و مبنياً عليها، و مع فسادها لا إقدام على العمل بلا عوض. اللهم إلا أن يستند فى الصورة السابقة إلى قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لأن العمل فى المضاربة الصحيحة غير مضمون، فلا يكون مضموناً فى الفاسدة. لكن القاعدة لا تصلح للحجية مع قصور دليلها عن شمول المقام.

اللهم إلا- أن يقال: إن ضمان المالک لعمل العامل فى المقام إن كان فبالاستيفاء، و هو غير حاصل، إذ المالک انما يحث على الاسترباح لا مجرد

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۹۴

[(مسألة ۴۹): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة و أنكر]

(مسألة ۴۹): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة و أنكر و لم يكن للمدعى بينة فالقول قول المنكر مع اليمين (۱).

[(مسألة ۵۰): إذا تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه العامل]

(مسألة ۵۰): إذا تنازع المالك و العامل فى مقدار رأس المال الذى أعطاه العامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة (۲)، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل (۳) لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله، و أصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد. هذا إذا لم يرجع نزاعهما

العمل بلا ربح، و الاسترباح مفقود حسب المفروض، و العمل المجرد عن الربح لم يكن بأمر المالك كى يكون ضامناً له بالاستيفاء، فلم يدخل فى كيس المالك شىء من عمل العامل حتى يكون مضموناً عليه باستيفائه.

و يشكل: بأن الأمر بالعمل كان بداعى الربح، لا بقيده واقعاً، فمع تخلفه لا ينكشف عدم الأمر بالعمل، و إلا لزم بطلان العمل، لانتفاء الاذن له فيكون فضولياً. بل لو كان المالك بنفسه يباشر العمل فمع تخلف الداعى لا ينتفى القصد.

(۱) لموافقته للحجة، و هو أصالة العدم. و لو فرض عدم جريانه كفى الأصل الحكمى، و هو أصالة عدم وجوب شىء على العامل من إرجاع المال أو ضمانه، الذى هو الغرض المقصود من الدعوى، و بدونه لا تسمع فلو فرض أن المالك يعترف بإرجاع المال إليه على تقدير صدقه فى الدعوى أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر لدعواه، فلا تسمع منه.

(۲) لما عرفت فى المسألة السابقة.

(۳) لما عرفت من أنه مع عدم ضمانه لا تسمع دعوى الزيادة.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۳۹۵

إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أن الذى بيده هو مال المضاربة إذ حينئذ النزاع فى قلة رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، و على تقدير كثرته بالعكس، و مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلا بمقدار ما أقر به للعامل (۱).

و على هذا أيضاً لا ـ فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدار منه فاذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذى للمالك.

[(مسألة ۵۱): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ]

(مسألة ۵۱): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط فى الحفظ فتلف أو شرط عليه أن لا يشترى الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل فى عدم الخيانة و التفريط، و عدم شرط المالك عليه الشرط الكذائى، و المفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً فى الشراء

---

(۱) و إن كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل إلا ما أقرَّ به للمالك، إلا أن ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج فى إثبات دعوى الاستحقاق إلى بينة، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الإقرار، حسبما يقتضيه بناء العقلاء، المنزل عليه

دليل حجية اليد، إذ الظاهر أن دليل الحجية شرعاً من باب الإمضاء لما عند العقلاء لا من باب التأسيس.

ثمَّ إن الاختلاف بين هذه المسألة و ما قبلها مبنى على أن المرجع فى

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٦

و فى البيع من أى شخص أراد. نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك- كما لو سافر أو باع بالنسيئة و ادعى الإذن من المالك- فالقول قول المالك فى عدم الإذن. و الحاصل:

أن العامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلا بالإذن قدم فيه قول المالك المنكر، و لو ادعى المالك المنع فيما يجوز الا مع المنع (١) قدم قول العامل المنكر له.

[(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل]

(مسألة ٥٢): لو ادعى العامل التلف و أنكر المالك قدم قول العامل (٢)، لأنه أمين (٣)، سواء كان بأمر ظاهر أو

تشخيص المدعى و المنكر الغرض المقصود من الدعوى، و لما اختلف الغرض فى المسألتين اختلف الحكم، أما بناءً على أن المرجع مصب الدعوى فلا فرق بين المسألتين فى أن المالك فى المقامين مدع و العامل منكر، لاتحاد مصب الدعوى فيهما. لكن التحقيق هو الأول، كما أشرنا الى ذلك فى كتاب الإجارة.

(١) بأن كانت الاذن محرزة و لو لإطلاق اللفظ. و يدعى المالك المخصص المنفصل أو المقيد، فإن الأصل عدم التخصيص و التقييد. و لو كان النزاع فى المقيد أو المخصص المتصل يرجع النزاع إلى إطلاق الاذن و عدمه، فيكون الشك فى الاذن و الأصل عدمه. و بالجملة: إذا ادعى المالك المنع، فان كانت حجة على الاذن سواء كانت لفظية أم حالية كان المالك مدعياً، و إلا كان منكراً و العامل المدعى للاذن مدعياً.

(٢) بلا إشكال و لا خلاف. كذا فى الجواهر.

(٣) كذا فى الجواهر، و زاد بأنه ذو يد على المال بإذن المالك. انتهى.

يريد به أنه أمين عند المالك و مستأمن منه و كأنه يشير بذلك الى النصوص

مستمسك العروة الوثقى، ج ١٢، ص: ٣٩٧

خفى (١). و كذا لو ادعى الخسارة، أو ادعى عدم الربح، أو ادعى عدم حصول المطالبات فى النسيئة مع فرض كونه مأذوناً فى البيع بالدين. و لا فرق فى سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده. نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففى سماع قوله لبقاء حكم أمانته (٢)، و عدمه

الواردة فى عدم ضمان الأمين «١»، و أنه إذا اتهم يستحلف، الظاهرة فى أنه لا يكلف بالبينة، و قد تقدمت فى مباحث الإجارة، كما تقدمت نسبة القول بأنه يكلف بالبينة إلى المشهور، و أنه يشهد به بعض النصوص.

لكن الجمع بين جميع النصوص يقتضى القول الأول. و أما

صحيح محمد ابن مسلم عن أبى جعفر (ع): «عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال (ع): ليس على صاحبه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» «٢»

و نحوه غيره. فإنما تدل على عدم ضمان الأمين، لا على عدم تكليفه بالبينة، فهى حكم فى مقام الثبوت، لا فى مقام الإثبات.

(١) لإطلاق النصوص المتقدمة.

(۲) إذا تحقق ذلک فلا- مجال للوجه الثانی. فکأنه أراد استصحاب بقائه، و یکون الوجه الثانی خروجه عن کونه أمیناً، فیرجع الی عموم:

«البینة علی المدعی». لکن الاستصحاب لیس بحجة، لأنه تعلیقی و لو سلم فالظاهر الرجوع الی عموم العام فی أمثال المقام مما کان ظاهراً فی العموم الأزمانی، علی ما هو محقق فی بعض مباحث الاستصحاب. نعم مقتضی إطلاق الأخبار الدالة علی عدم ضمان الأمین العموم للمقام، فیکون الأقوی سماع قوله بیمینه.

---

(۱) راجع صفحة: ۳۵۰.

(۲) الوسائل باب: ۳ من أبواب کتاب المضاربة حدیث: ۳.

لخروجه بعده عن کونه أمیناً، وجهان. و لو أقر بحصول الربح ثمَّ بعد ذلک ادعی التلف (۱) أو الخسارة، و قال: إنی اشتبهت فی حصوله، لم یسمع منه (۲)، لأنه رجوع عن إقراره الأول. و لکن لو قال: ربحت ثمَّ تلف، أو ثمَّ حصلت الخسارة، قبل منه.

---

(۱) یعنی: ادعی تلف أصل المال قبل الاتجار به، إذ لو کان المراد أنه ادعی التلف بعد الربح فلا إشکال فی سماع قوله، لعدم المنافاة مع إقراره بوجه، کما سیأتی فرضه.

(۲) قال فی الشرائع: «و لو قال العامل ربحت کذا و رجع لم یقبل رجوعه. و کذا لو ادعی الغلط»، و فی التذکرة: «لو قال ربحت ألفاً ثمَّ قال: غلطت، و إنما ربحت مائة، أو تبینت أنه لا- ربح هنا، أو قال: کذبت فی الاخبار خوفاً من انتزاع المال لم یقبل رجوعه، لأنه أقر بحق علیه ثمَّ رجع فلم یقبل کسائر الأقاریر»، و نحوها کلام غیرهما.

و علله فی الجواهر بسبق إقراره الماضی علیه بقاعدة: إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز، و قاعدة: عدم سماع الإنکار بعد الإقرار، السالمین عن معارضة قاعدة: سماع الأمین فی کل ما یدعیه، بعد عدم ثبوت هذا العموم و انما الثابت المسلم ما لم یسبق بإقرار .. إلی آخر کلامه.

هذا و لا- یخفی أن قاعدة: عدم سماع الإنکار بعد الإقرار، تختص بما إذا کان الإنکار وارداً علی ما ورد علیه الإقرار، بحیث یکون معارضاً له، کما إذا قال: لک علی درهم، ثمَّ قال: لیس لک علی درهم. أما إذا کان الإنکار وارداً علی أمر آخر غیر الواقع الذی ورد علیه الإقرار- کما فی المقام- لم یکن وجه للرد، فان قوله: اشتبهت، أو غلطت أو ما قصدت الواقع و إنما کان إخباری توریة، أو قصدت الواقع لا بقصد

.....

بیان الواقع، بل بقصد التخلص من الضرر و نحو ذلک مما لا- یکون القول الثانی وارداً علی ما ورد علیه الأول و لا معارضاً له. فلا یکون من الإنکار بعد الإقرار قال فی الشرائع فی کتاب الإقرار: «إذا شهد علی نفسه بالبیع و قبض الثمن، ثمَّ أنکر فیما بعد و ادعی أنه أشهد تبعاً للعادة و لم یقبض، قیل: لا یقبل دعواه، لأنه مکذب لإقراره، و قیل:

تقبل، لأنه ادعی ما هو معتاد و هو أشبه» و فی الجواهر حکی الأخیر عن الشیخ و من تأخر عنه، و أما فی الأول فقال: «لم نتحقق قائله من العامة فضلًا عن الخاصة».

و من ذلک یظهر إشکال ما فی الشرائع و غیرها من عدم قبول قوله الذی ذکروه هنا، الظاهر فی أنه لا یقبل حتی مع البینة، و لا یسمع

أصلًا کما استظهره أیضاً فی الجواهر، قال (ره): «ظاهر قول المصنف و غیره «لم یقبل» عدم سماع بینته علی ذلک، لکونه مکذباً لها بإقراره السابق و عموم: «البینة علی المدعی» إنما هو ظاهر فی کون الدعوی مسموعة، لا ما أسقطها الشارع بقاعدة الإقرار فتبقی حینئذ شهادة البینة نفسها بلا دعوی و لا ریب فی تقدیم قول المخالف لها علیها، لعدم ثبوت حجیتها فی هذا الحال، خصوصاً بعد أن کان المشهود به حقاً له، فلا ریب فی تقدیم قوله فیه. فتأمل». و حمل کلامهم هنا علی عدم قبول قوله کما یقبل قول الأمین مع الیمین بل یحتاج فی قبوله إلی البینة، خلاف الظاهر من کلامهم جداً.

و المتحصل: أن الاحتمالات فی المقام ثلاثة (الأول): عدم السماع أصلًا و لو مع البینة (الثانی): عدم السماع إلا مع البینة، کما فی سائر الدعاوی (الثالث): السماع مع الیمین. کما فی سائر موارد دعاوی الأمین. و وجه الأول: ما أشار إلیه فی التذکرة- و أوضحه فی الجواهر-

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۰۰

[(مسألة ۵۳): إذا اختلفا فی مقدار حصة العامل]

(مسألة ۵۳): إذا اختلفا فی مقدار حصة العامل و أنه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدم قول المالک (۱).

من أن الدعوی الثانیة من قبیل الإنکار بعد الإقرار، و هو غیر مسموع و البینة لما کانت مکذبة بإقراره الأول فهی أیضاً غیر مسموعة. مع أنها لا تسمع إذا لم تکن لها دعوی مسموعة، و فیه: ما عرفت من أنه لیس من الإنکار بعد الإقرار، بل هو من باب شرح حال الإقرار، و إطلاق سماع قول الأمین یقتضی قبوله، فیسقط به الإقرار. و دعوی عدم العموم فی سماع قول الأمین- کما تقدمت عن الجواهر- ضعیفة لإطلاق

قولهم (ع) «إن اتهمته فاستحلفه» «۱»

الشامل له من دون قرینة علی صرفه عنه.

و حینئذ تظهر قوة الاحتمال الثالث.

نعم لو فرض عدم العموم لما دل علی سماع قول الأمین تعین الاحتمال الثانی، عملًا بما دل علی قبول قول المدعی مع البینة. و ما تقدم فی الجواهر من عدم سماع دعواه و لا بینته، لأنهما مکذبان بالإقرار، کما تری، إذ الإقرار لا یکذب دعوی الغلط و لا الشهادة به، کما هو ظاهر.

(۱) فی التذکرة: نسبته إلی علمائنا، و فی جامع المقاصد: «هذا واضح إن کان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالک متمکن من منع الربح کله، بفسخ العقد، و أما بعد حصوله فان کلًا منهما مدع و مدعی علیه، فان المالک یدعی استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنیا، و العامل ینکر ذکر فیجیء القول بالتحالف إن کانت أجرة المثل أزید مما یدعیه المالک و لا أعلم لأصحابنا قولا بالتحالف، و إنما القول بالتحالف مع الاختلاف فی الربح مطلقاً قول الشافعی».

---

(۱) الوسائل باب: ۲۹ من أبواب کتاب الإجارة حدیث: ۱۶، و قریب منه حدیث:

۱۱، ۱۷ من نفس الباب.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۰۱

.....

و كأنه مبنى على أن المعيار فى تشخيص المدعى و المنكر مصب الدعوى فان دعوى المالك أن المجعول فى العقد الحصة الدنيا دعوى إيجابية، كما أن دعوى العامل أن المجعول فى العقد الحصة العليا دعوى إيجابية، فكل منهما مدع دعوى إيجابية ينكرها الأخر، فيكونان لذلك متداعيين، حكمهما التحالف، و على هذا المبنى ذكر فى جامع المقاصد فى كتاب الإجارة أنه لا ريب فى قوة التحالف إذا اختلف المؤجر و المستأجر فى قدر الأجرة و فى قدر المستأجر (بالفتح) و علله بما ذكرنا، و نسبه بعض إلى جماعة أيضاً، لكن عرفت ضعف المبنى، و أن المعيار فى تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى، و أما مصب الدعوى بلا غرض فمما لا مجال لوجوب سماعه، فإنه غير ملزم، و لا يترتب عليه فائدة ثبت أم لم يثبت فلا يكون معياراً، كما أشرنا الى ذلك فى مباحث التنازع من كتاب الإجارة.

و أما ما أشكله فى الجواهر على جامع المقاصد بقوله: «لا ريب فى أن كلًا منهما مدع و منكر، إذا كان نزاعهما فى تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة، ضرورة اقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين. نعم بعد تعارض الأصول فى ذلک يرجع إلى أصل آخر، و لا ريب فى كونه مع المالك، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد ..». ففيه: أن الأصل المذكور لا يثبت إحدى الدعويين و لا ينفيهما، و إنما يتعرض لأمر آخر، فكيف يكون مرجعاً للحاكم فى حسم النزاع بين المتداعيين؟!. فالعمدة:

ما ذكرنا من ضعف مبنى التحالف فى المقام، و ان التحقيق أن المعيار الغرض المقصود، و هو فى المقام متعلق بالزائد على الأقل، و هو مورد النفى من أحد الخصمين و الإثبات من الآخر، لا مورد الإثبات من كل منهما، كى يكون المقام من التداعى الذى يكون المرجع فيه التحالف، فالمالك ينفى الزائد، و العامل يثبته، فالأول منكر، و الثانى مدع. و إذا لاحظنا

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۰۲

[(مسألة ۵۴): إذا ادعى المالک أنی ضاربتک على کذا مقدار و أعطیتک]

(مسألة ۵۴): إذا ادعى المالك أنى ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك، فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم المال إليه، فأقام المالك بينة على ذلك، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه (۱) و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل.

أن المالك يثبت الأقل فالاخبار عنه ليس دعوى على العامل بل إقرار له بأمر معلوم، فلا يسمع من حيث كونه دعوى.

ثمَّ لو بنى على الأول و كان المقام من التداعى لم يفرق بين ما قبل العمل و بعده. و كون المالك قبل العمل متمكن من الفسخ لا أثر له فى تبديل مصب الدعوى. كما أنه لا فرق بين كون أجرة المثل أكثر من الحصة و كونها أقل و كونها مساوية، فان أجرة المثل خارجة عن محل الابتلاء على حال زادت أو نقصت أو ساوت، و لا يتغير الحكم باختلاف الحالات المذكورة.

(۱) مقتضى الجمود على ما تحت العبارة أنه لا يسمع منه دعوى التلف و يكلف بأداء العين و لو أدى ذلك إلى حبسه أو ضربه، و بنحو ذلك عبر فى القواعد، فقال: «و لو أنكر القراض ثمَّ ادعى التلف لم يقبل قوله» و على هذا يكون المراد من قول المصنف (ره): «و أخذ بإقراره المستفاد من إنكاره» أن إنكاره لأخذ المال يستفاد منه تكذيب دعوى التلف و إقرار منه بكذبها فلا تسمع. و على هذا لا يكون فى هذا الكلام تعرض للضمان بحيث لو تحقق التلف كان المال مضموناً عليه و يجب دفع بدله.

و هذا البيان يخالف ما فى الشرائع حيث قال: «إذا قال دفعت إليه مالًا قراضاً فأنكر العامل، فأقام المدعى بينة، فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان»، و ظاهره سماع دعوى التلف مع الحكم بالضمان. و وجه هذا الضمان: أن دعوى التلف إقرار منه بأن إنكاره لقبض المال خيانة منه

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۰۳

.....

و هی موجبـة للضـمان. لکن لا یظهر الوجه لسـماع دعوی التلف، لما عرفت من أن إنکاره لأخـذ المال تکـذیب منه لـدعوی التلف و إقرار منه بکـذبها، فکیف تسـمع منه؟! بـل دعواه التلف إذا کـانت موجبـة لخیـانته بإنکار أخـذ المال فلا وجه لسـماعها، لأن الخائن لا یسمع قوله، و إنما یسمع قول الأمین.

نعم هـذا الوجه لا- یمنع من سـماع بینته علی التلف لکن الوجه الأـول یمنع من ذلـک، لأن إنکاره کما یقتضـی تکـذیب دعوی التلف یقتضی تکذیب بینة التلف، فلا یصح له إقامتها. و بالجملة: مقتضی عبارة القواعد عدم سماع دعوی التلف من دون تعرض للضمان، و مقتضی عبارة الشرائع الحکم بالضمان و سماع دعوی التلف و الاشکال علیها ظاهر.

و من ذلک یظهر الاشکال فیما فی المسالک: «من أن عبارة الشرائع أجود من قول العلامة: «لم یقبل دعواه» لاستلزام عدم القبول حبسه إلی أن یـدفع العین، و قـد تکون تالفـة. إلا- أن یتکلف نحو مـا تقـدم من حبسه مـدة یظهر منها الیأس من وجود العین». و ما ذکره من المحـذور لا- محـذور فیه فـإنه لا مانع من حبسه حتی یـدفع العین أو یتبین التلف، و حینئـذ یکون العمل بالتبین لا بقوله، فإطلاق عـدم سماع قوله فی محله.

و فی الجواهر دفع اشکال المسالک: بأن مراد القواعد من عدم سماع قوله عدم قبول دعوی التلف التی کانت تقبل منه سابقاً بیمینه فی إسـقاط الضمان عنه، و أما التکلیف بالعین نفسها فلیس مقصوداً، ضرورة عدم تصدیق مجرد قوله فی ذلک من دون استظهار بیمین أو بینـة أو حبس أو نحو ذلک. و قریب منه ما فی مفتاح الکرامـة. و لکنه کما تری، فإنه لا دلیل علی سـماع قوله بالیمین و قد کذبه، و لا بالبینة و قد کذبها. و لو سلم فهو عمل بالبینة،، لا بالقول. مع أن دعوی التلف لا تقتضی سقوط الضمان إلا

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۰۴

نعم لو أجاب المالک بأنی لست مشغول الذمة لک بشیء، ثمَّ

إذا کان قبل الخیانة و لم یکن بتعد أو تفریط.

هـذا و لعل مراد الشـرائع من الضـمان الضـمان حتی مع وجود العین، لا- خصوص الضـمان حـال التلف، حتی یکون الکلاـم دالًا علی السـماع. لکن هذا المعنی من الضـمان یحصل بمجرد قیام البینة علی الأخذ لثبوت الخیانة حینئذ، و لا یتوقف علی دعوی التلف، فضلًا عن تحقق التلف.

ثمَّ إن الضـمان إذا کان من جهـة الخیانـة الموجبـة لخروج الیـد عن الأمانـة فذلک یختص بالتلف بعد الخیانة، فإذا تحقق أنه کان قبل الإنکـار فلا- ضـمان و کـذا إذا شک فی ذلک، لأصالـة البراءة من الضـمان حتی لو علم تاریـخ الإنکار و شک فی تاریـخ التلف، فإن أصالة عدم التلف الی حین الإنکار لا تثبت التلف بعده. و لا یجوز التمسک بعموم:

«علی الید ..»

فی الشـبهة المصداقیة بعد تخصـیصه بما دل علی عدم ضـمان الأمین. و أصالة عدم الامانة الأزلی لا مجال لها، للعلم بتحقق الأمانة فی الزمان السابق.

و الـذی یتحصل مما ذکرنا أمور: عـدم سـماع قوله الـذی کذبه، و عدم سـماع بینته التی کذبها، و أنه خائن، و أنه ضامن إذا تحقق أن التلف بعد الإنکار، و أنه غیر ضامن إذا کان التلف قبل الإنکار، أو کان التلف مجهول التاریخ.

و فی بعض الحواشی تعلیقاً علی قول المصنف: «لم یسمع منه».

یعنی: یقضـی علیه بالضـمان، و لا یقبل قوله فی التلف کما کان یقبل لو لا إنکاره. و فی قبول الغرامـة منه بنفس هـذه الـدعوی، أو مع إقامـة البینـة علی ما ادعاه، أو یحبس حتی یتبین صـدقه، وجوه و أقوال، أقواها سـماع بینته». و لم نقف علی هـذه الأقوال غیر التعبیرات

المذكورة، و قد عرفت ما هو المتحصل فلاحظ.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۰۵

بعد الإثبات (١) ادعى التلف، قبل منه، لعدم المنافاة بين الإنكار من الأول و بين دعوى التلف.

[(مسألة ۵۵): إذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها]

(مسألة ۵۵): إذا اختلفا فى صحة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدم قول مدعى الصحة (٢).

[(مسألة ۵۶): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر]

(مسألة ۵۶): إذا ادعى أحدهما الفسخ فى الأثناء و أنكر الآخر قدم قول المنكر. و كل من يقدم قوله فى المسائل المذكورة لا بد له من اليمين (٣).

[(مسألة ۵۷): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالک]

(مسألة ۵۷): إذا ادعى العامل الرد و أنكره المالك قدم قول المالک (۴)

[(مسألة ۵۸): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه]

(مسألة ۵۸): لو ادعى العامل فى جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، و ادعى المالک أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل. و كذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة، و ادعى المالک

---

(١) ظاهر العبارة إثبات الاشتغال بالبينة، و حينئذ لا تجدى دعوى التلف فى نفى الضمان. فالمراد إثبات الأخذ. لكن إثبات ذلک لا ينافى إنكار الاشتغال، فلا تسمع البينة عليه، فكأن مراد المصنف- كغيره من الفقهاء- ذكر فرض آخر فى قبال الفرض السابق و إن لم يكن صحيحاً.

(٢) لأصالة الصحة المعول عليها عند العقلاء و المتشرعة و الفقهاء.

(٣) و لا بد أيضاً أن يكون بعد امتناع المدعى من إثبات دعواه ببينة و نحوها.

(۴) لمطابقة قوله لأصالة عدم الرد، فيكون منكراً. (و دعوى):

أن عموم ما دل على قبول قول الأمين يقتضى المنع من العمل بالأصل.

(مندفعة): بأنه لا عموم لما دل على قبول قول الأمين يشمل المقام مما

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۰۶

أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته (١)، لأنه أمين، فيقبل قوله. و الظاهر أن الأمر كذلک لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة (٢)، بأن ادعى. أنه اشتراه فى الذمة لنفسه ثَمَّ أدى

كان الفعل مشتركاً بينه و بين المالک، و لذا كان المشهور عدم القبول. و عن الشيخ القبول و الاستدلال له بالقياس على الودعى، و بأنه إذا لم يقبل قوله كان ضرراً عليه. و فى ذلک نظر ظاهر. بل قيل ان ذلک ليس فى كلام الشيخ، و أنه (قده) أجل من أن يستدل

بمثل ذلک، إذ القیاس لیس بحجة. و قبول قوله یوجب الضرر على المالک، و لا وجه للترجیح.

نعم فی جامع المقاصد و المسالک الاستدلال له: بأنه إذا لم یقبل قوله یلزم تخلیده فی السجن، لأنه إذا کان صادقاً امتنع أخذ المال منه، و إذا کان کاذباً فظاهر حاله أنه لا یکذب نفسه، فیلزم تخلید حبسه. إلا أن یحمل کلامهم على أن الواجب حبسه إلى أن یظهر الحال. و لکن الاستدلال بذلک أیضاً کما ترى، لما سبق من عدم محذور فی ذلک. فإذاً لا معدل عن المشهور عملًا بالأصل. نعم إذا کان المالک قد أمره بالرد إلى موضع معین عند انتهاء المضاربة، فادعى العامل ذلک لم یبعد القبول کغیره من الأعمال المتعلقة به بالنسبة إلى المال لاختصاص الفعل به حینئذ.

(۱) یشیر إلى قاعدة ذکرت فی کلام جماعة من الفقهاء من قبول قول من لا یعرف المقول إلى من قبله. و لا یبعد بناء العقلاء على القاعدة المذکورة. و إلا لزم تعطیل تشریع الحکم، و هو خلاف دلیل جعله. فاذا اشترى الإنسان شیئاً کان ظاهر الفعل الشراء لنفسه، فیحکم به لذلک.

و صریح القول أولى من ظاهر الفعل فی القبول. مضافاً إلى قاعدة: من ملک شیئاً ملک الإقرار به،

(۲) لا یخلو من إشکال، فإن قاعدة قبول قول من لا یعرف إلا

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۰۷

الثمن من مال المضاربة، و لو کان عاصیاً فی ذلک.

[(مسألة ۵۹): لو ادعى المالک أنه أعطاه المال مضاربة]

(مسألة ۵۹): لو ادعى المالک أنه أعطاه المال مضاربة و ادعى القابض أنه أعطاه قرضاً، یتحالفان (۱)،

من قبله لا تخلو من إشکال فی المقام، لمخالفتها لظاهر الفعل. و کذلک قاعدة سماع قول الأمین، فإنه یختص بما إذا لم یکن ظاهر حجة على خلافه، کما فی المقام.

(۱) و هو أقرب- کما عن التحریر- و واضح- کما عن الإیضاح- و محتمل- کما فی القواعد- و علله فی جامع المقاصد: بأن کل واحد منهما مدع و منکر، فان العامل یدعی خروج المال عن ملک المالک، و المالک ینکره، و المالک یدعی استحقاق عمل العامل فی مقابل الحصة بالقراض، و العامل ینکره. لکن قال فی القواعد: «و لو ادعى المالک القراض و العامل القرض فالقول قول المالک، فیثبت له مع الیمین مدعاه من الحصة، و اختاره فی التذکرة، لأن المال ملکه، و الأصل تبعیة الربح له، فمدعی خلافه یحتاج إلى بینة.

أقول: إذا کان المعیار فی تشخیص المدعی و المنکر مصب الدعوى فلا ریب فی أن المقام من التداعی، لأن کلا منهما یدعی خلاف الأصل.

و إذا کان المعیار الغرض المقصود من الدعوى فیختلف باختلاف الموارد، فان کان النزاع بعد انتهاء عمل المضاربة و وجود الربح فدعوى العامل القرض خلاف الأصل، لأن الأصل یقتضی بقاء المال على ملک مالکه، فدعوى خروجه عنه بالقرض مخالفة له، و دعوى المالک المضاربة بقصد إثبات استحقاقه لحصة من الربح موافقة له، لأن استحقاق حصة من الربح موافقة لأصالة تبعیة النماء للأصل. و إن کان النزاع قبل انتهاء عمل المضاربة بأن قلنا بوجوب التصفیة على العامل، فدعوى المالک المضاربة و إن کانت

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۰۸

فان حلفا أو نکلا للقابض أکثر الأمرین من أجرة المثل و الحصة

موافقة لأصالة بقاء المال على ملک مالکه، لکنها مخالفة لأصالة عدم استحقاق المالک التصفیة على العامل، فیکون المالک من هذه

الجهة مدعياً و العامل النافی للمضاربة منكراً، لموافقته للأصل المذكور. و كأنه إلى ذلك أشار فی جامع المقاصد فی عبارته المتقدمة. و لو كان النزاع قبل حصول الربح لم يبعد أن يكون الحكم كذلك لأن استحقاق العمل على العامل من آثار العقد و إن كان جائزاً.

لكن فی جامع المقاصد: «لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً، لأن الأصل بقاء المال له، و لا معارض له هنا». و إشكاله ظاهر، لما عرفت من أن استحقاق العمل على العامل من آثار عقد المضاربة، يترتب بمجرد حصوله، فمع الشك فيه يكون الأصل عدم الأثر المذكور.

هذا و الظاهر أن مورد كلامهم هنا الصورة الأولى، بقرينة عدم التعرض لوجوب العمل على العامل و عدمه، و التعرض للربح فقط، و عليه فلا وجه للتحالف. اللهم إلا أن يكون لبنائهم على أن مرجع دعوى المالك المضاربة إلى استحقاق ما سبق من عمل العامل الذی ترتب عليه الربح بالحصة، و الأصل عدمه، و فيه: أن دعوى ذلك إنما يقصد منها نفی استحقاق تمام الربح للعامل الموافق للأصل، لا إثبات شیء للمالك على العامل، حتى يكون بذلك مدعياً. و هذا نظير ما إذا ادعى المالك أنه آجره الحمار و ادعى المستأجر أنه آجره البغل، كما سبق فی كتاب الإجارة فالبناء على ذلك رجوع إلى تشخيص المدعی و المنكر بمصب الدعوى، لا ـ الغرض المقصود، و قد عرفت ضعفه.

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۰۹

من الربح (۱) إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

---

(۱) كذا فی القواعد على تقدير البناء على التحالف، و هو خيرة التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد. و فی التذكرة: اختار أن القول قول المالك، و حكى عن بعض العامة القول بالتحالف، و علله: بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به و هو يدعی كله، و إن كانت أجرة المثل أكثر فالقول قوله بيمينه فی عمله، كما أن القول قول رب المال فی ماله، فإذا حلف قبل قوله فی أنه ما عمل بهذا الشرط، و إنما عمل بعوض لم يسلم له، فيكون له أجرة المثل. انتهى. و فيه:

أن أجرة المثل إنما تكون لمن عمل لغيره، لا لمن عمل لنفسه معترفاً بأنه لم يكن بأمر غيره و لا بقصد غيره.

و بالجملة: هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصة، و يختلفان فی استحقاقه للزائد، فالعامل يدعی ذلك بدعوى كون المال له، و المالك ينكر ذلك، و حيث أن الأصل عدم خروج المال عن ملك المالك فقول العامل مخالف للأصل، فيكون مدعياً، و قول المالك موافق له، فيكون منكراً، فاذا حلف المالك ثبت قوله، و بطلت دعوى العامل. و أما أجرة المثل فمباينة لكل من دعوى المالك و العامل، فلا وجه لاستحقاق العامل لها و هو لم يقصدها، بل و لم يقصد العمل لغيره، كما عرفت.

و من ذلك تعرف الاشكال فيما فی بعض الحواشی: من أن المقام من قبيل المدعی و المنكر، و يختلف الحكم بكون المالك مدعياً أو منكراً باختلاف الصور، فعلى تقدير كون أجرة المثل مساوية لتمام الربح يكون المالك مدعياً على العامل بأنه تنازل عن قيمة عمله إلى الحصة، و العامل ينكر ذلك، فاذا حلف العامل قبل قوله فيكون تمام الربح له: و إذا

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۱۰

[(مسألة ۶۰): إذا حصل تلف أو خسران]

(مسألة ۶۰): إذا حصل تلف أو خسران، فادعى المالك أنه أقرضه و ادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين (۱).

كانت مساوية للحصة يكون العامل مدعياً، لأنه يدعی استحقاق أكثر من قيمة عمله، و هو تمام الربح و المالك ينكر ذلك، فاذا حلف

قبل قوله، و یکون للعامل الحصهٔ لا غیر. و إذا کانت أزید من الحصهٔ و دون تمام الربح یکون العامل منکراً بالنسبهٔ إلی دعوی المالک الحصهٔ، و یکون مدعیاً بالنسبهٔ إلی دعواه تمام الربح، و یکون المالک مدعیاً فی الاولی و منکراً فی الثانیهٔ، فیقبل قول المنکر من کل منهما فی نفی دعوی خصمه.

و توضیح الاشکال علیه: أن أجرهٔ المثل مباینهٔ لکل من الدعویین حتی لو کانت مساویهٔ للربح أو الحصهٔ، فإنها غیرهما، و أنه لا وجه لاستحقاقها مع عدم قصد العامل العمل لغیره و لا بأمر غیره، فکیف تکون معیاراً للمدعی و المنکر.

(۱) کذا فی القواعد و التذکرهٔ و عن التحریر، و اختاره فی جامع المقاصد، و علله: بأن الأصل فی وضع الید علی مال الغیر ترتب وجوب الرد علیه، لعموم

قوله (ع): «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» «۱»

و لأن العامل یدعی علی المالک کون ماله فی یده علی وجه لو تلف لم یجب بدله، و المالک ینکر. فان قیل: المالک أیضاً یدعی علی العامل شغل ذمته بماله، و الأصل البراءهٔ. قلنا: زال هذا الأصل بتحقق إثبات یده علی مال المالک، المقتضی لکونه فی العهدهٔ، و الأمر الزائد المقتضی لانتفاء العهدهٔ لم یتحقق، و الأصل عدمه.

و فیه: أن

قوله (ص): «علی الید ..»

یختص بما إذا کان

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من أبواب کتاب الودیعهٔ حدیث: ۱۲.

مستمسک العروهٔ الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۱۱

.....

المال المأخوذ مال الغیر، و هو خلاف دعوی المالک، إذ فی القرض لا یکون المال مال الغیر، بل یکون مال نفسه، و لذا یکون ضمان المال بالقرض لا بالید، و کذا ضمان المبیع یکون بالبیع لا بالید، و یسمی ضمان المعاوضهٔ.

فتقدیم قول المالک یتوقف علی أصالهٔ احترام مال المسلم علی نحو یقتضی ضمانه مطلقاً و هی غیر ثابتهٔ.

و إن کان قد یشهد بها

مصحح إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل استودع رجلًا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل کانت عندی ودیعهٔ، و قال الآخر: إنما کانت لی علیک قرضاً، فقال (ع):

المال لازم له إلا أن یقیم البینهٔ انها کانت ودیعهٔ» «۱».

لکن استفادهٔ الکلیهٔ من المصحح غیر ظاهرهٔ، و إن کان ظاهر المشهور ذلک. فقد ذکر الأکثر أنه إذا اختلف المالک و الراکب فی أنه عاریهٔ أو إجارهٔ، فالقول قول مدعی الإجارهٔ، و علله فی الجواهر بأصالهٔ احترام مال المسلم کدمه و عرضه، بمعنی الحکم بضمانه علی من هو عنده. و فیه:

أن احترام مال المسلم إنما هو بمعنی عدم جواز التصرف فیه- کما هو معنی احترام دمه و عرضه- لا بمعنی ضمانه علی من هو عنده، فإنه لا دلیل علیه غیر عموم:

«علی الید ..»

الذی قد عرفت اختصاصه بمال الغیر الذی لا یشمل المقام بعد ادعاء المالک أنه قرض. لکن فی الجواهر:

«الظاهر أنه مفروغ منه فی غیر المقام، کما لا یخفی علی من أحاط خبراً بأفراد المسألة فی الأبواب المتفرقة». و لکنه مشکل.

و کأنه لذلک کان ما عن الشیخ و ابن زهرة و أول الشهیدین و الأردبیلی و الخراسانی القول بقبول قول الراکب بیمینه فی المسألة المذکورة، عملًا بأصالة البراءة، الموافق لقول الراکب. و إن کان یشکل ذلک: بأن أصالة

---

(۱) الوسائل باب ۷ من کتاب الودیعة حدیث: ۱.

.....

البراءة أصل مسببی، و هو محکوم للأصل السببی، و هو أصالة عدم الإعارة الموجب لکونه قد استوفی منافع العین بلا- إذن من المالک، فیرجع إلی أصالة ضمان المنافع بالاستیفاء، الذی عرفت الإشارة إلی أنه من المرتکزات العقلائیة التی استقر علیها بناء المتشرعة و عملهم، و حینئذ لا مجال لأصالة البراءة معه. إلا أن یقال: علی تقدیر صحة قول المالک فضمان المنافع یکون بالإجارة لا بالاستیفاء، نحو ما ذکرناه فی المقام، من أنه علی تقدیر قول العامل یکون الضمان بالقرض لا بالید. و حینئذ یشکل البناء علی ضمان العامل فی المقام لأجل دعوی استیفائه منافع غیره، کالإشکال فی البناء علی ضمان الراکب، علی ما عرفت.

اللهم إلا أن یدعی الارتکاز العقلائی فی أمثال المقام علی ضمان العین و المنفعة بالبدل، و إن کان المالک یدعی الضمان الخاص، فیضمن الراکب قیمة المنفعة دون الأجرة التی یدعیها المالک، و یضمن المتهب قیمة العین لا الثمن الذی یدعیه المالک فیما إذا اختلفا فی أنه هبة أو بیع و أمثال ذلک فیکون من قبیل الحکم الواقعی جعله الشارع للحاکم لحسم النزاع و فصل الخصومة مع ثبوت الحکم الواقعی الأولی بحاله، و لا- تنافی بین الحکمین فإن الأول یدعو الی العمل به و رفع النزاع، و الثانی یدعو الی العمل به علی فرض النزاع، فیحرم أخذ المالک للبدل علی تقدیر العاریة، و یحرم امتناع الراکب من دفع الأجرة علی تقدیر الإجارة واقعاً، فالحکم الواقعی بحاله و إن ثبت فی حق الحاکم معه حکم یخالفه فی حال النزاع و یحتمل بعیداً أن یکون من قبیل الصلح القهری. و کیف کان فهذا الارتکاز غیر بعید، فالعمل به لازم.

لکن الظاهر اختصاصه بصورة دعوی الاستحلال، مثل دعوی الهبة فی مقابل دعوی البیع، أو دعوی العاریة فی مقابل دعوی الإجارة، أما

[(مسألة ۶۱): لو ادعی المالک الإبضاع و العامل المضاربة یتحالفان]

(مسألة ۶۱): لو ادعی المالک الإبضاع و العامل المضاربة یتحالفان (۱) و مع الحلف أو النکول منهما یستحق العامل أقل

إذا لم یکن استحلال- مثل المقام- فلا دلیل علی الضمان المذکور، بل الارتکاز لا یساعد علیه. و کذلک مورد مصحح إسحاق المتقدم

، فان الحکم فیه علی خلاف الارتکاز، فیقتصر علی مورده لا غیر.

(۱) کما فی التذکرة: أنه أقرب، و عن الإیضاح: أنه الأصح.

و فی القواعد: أن القول قول العامل، لأن عمله له، فیکون قوله مقدماً فیه. انتهی. لکن التعلیل المذکور معارض بمثله بالنسبة إلی المالک، فان المال للمالک، فیکون قوله مقدماً فیه أیضاً. مع أنه لا یرجع إلی محصل لأن من یکون القول قوله یجب أن یکون قوله

موافقاً للحجة، و مجرد کون العمل للعامل لا یقتضی أن یکون قوله موافقاً للحجة، کما أن کون المال للمالک لا یقتضی أن یکون قوله موافقاً للحجة.

نعم لما کان المال للمالک فالأصل فی نمائه و ربحه أن یکون للمالک أیضاً لأنه تابع له، فدعوى العامل الاستحقاق لحصة من الربح خلاف الأصل المذکور، فیکون قوله مخالفاً للحجة فیکون مدّعیاً، و یکون المالک من هذه الجهة منکراً. کما أن دعوى المالک الإبضاع مجاناً خلاف الأصل، المقتضی لضمان عمل العامل بالاستیفاء، فیکون المالک من هذه الجهة مدعیاً و العامل منکراً، فیکون المقام من التداعی و التناکر من الجانبین، فاذا حلفا بطلت دعوى العامل الاستحقاق للحصة، فیکون الربح کله للمالک، کما بطلت دعوى المالک کون البضاعة مجانیة، فیتعین الرجوع إلى قاعدة:

ضمان عمل العامل على من استوفاه.

و هذا البیان بعینه جار فیما لو اختلف الراکب و المالک فی کون الدابة عاریة أو مستأجرة، فإنه أیضاً یرجع إلى أصالة ضمان المنفعة المستوفاة

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۴۱۴

الأمرین من الأجرة و الحصة من الربح (۱)، و لو لم یحصل ربح

بأجرة المثل، لا- بالأجرة التی یدعیها المالک. و قد عرفت أنه لا یشکل ذلک فی المقام و فی المثال المذکور و أمثالهما بأن أجرة المثل غیر مدعاة لأحد الخصمین بل ینکرها کلاهما. لما عرفت من أن الحکم بضمان أجرة المثل نظیر الصلح القهری فی حسم الخصومة لیس مبنیاً على إثبات الحق المدعی.

هذا بناء على أن المراد من البضاعة التی یدعیها المالک کون العمل بلا أجرة- کما نسب إلى ظاهر الأصحاب، و تقدم ذلک فی أول الکتاب- أما إذا کان المراد من البضاعة العمل بأجرة المثل- کما هو ظاهر المصنف بقرینة ما سیأتی فی ذیل المسألة- فادعاء المالک البضاعة یقتضی اعترافه باستحقاق العامل الأجرة، فإذا ادعى العامل الحصة و أنکر الأجرة و بطلت دعواه بیمین المالک یکون إنکاره منافیاً لا- عتراف المالک، فیسقط، کما هو الحکم فیما لو أقر بشیء فأنکر المقر له ذلک، للتنافی الموجب للسقوط، نظیر الحجتین المتعارضتین. لکن یتعین بعد ذلک الرجوع إلى قاعدة: ضمان عمل العامل على من استوفاه- کما فی الفرض السابق- و یکون للعامل أجرة المثل لذلک. و على هذا لا یکون المالک مدعیاً لأنه معترف للعامل باستحقاق الأجرة، لا أنه یدعی علیه شیئاً، بل ذکر هذا الاعتراف للتخلص من دعوى العامل استحقاق الحصة، فیکون منکراً لا غیر.

(۱) کما صرح بذلک فی القواعد و غیرها على تقدیر القول بالتحالف و وجهه أن الأجرة إن کانت أقل من الحصة فلأن الحصة قد انتفت بیمین المالک، فلا تجب علیه، و إن کانت الحصة أقل فلإقرار العامل بعدم استحقاق غیرها فیجوز للمالک أن یقتصر على دفعها بدلًا عن الأجرة إلزاماً للعامل بإقراره فالحکم الاولی الذی اقتضاه عموم: ضمان العمل بالأجرة، هو الأجرة، لکن یجوز للمالک أن یعطی العامل الحصة التی

مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۴۱۵

.....

یدعیها إلزاماً له بإقراره، فلا یجب علیه إعطاؤه أجرة المثل.

و فی بعض الحواشی فی تعلیل الحکم فیما لو کانت الحصة أقل من الأجرة. بأن الحصة هو المتفق علیه بینهما، و بالنسبة إلى الزائد علیها یقر المالک للعامل [۱] بما ینفی استحقاقه له، و یندرج المقام فیما لو تعارض إقرار المقر و إنکار المقر له. و فیه: أن الأجرة

مباينة للحصة، و ليسا من قبيل الأقل و الأكثر، و ليس هناك منهما شيء متفق عليه بين العامل و المالك.

و أما وجه اندراج المسألة فيما لو تعارض الإقرار بإنكار المقر له فهو أن المالك لما نفى الحصة التي يدعيها العامل، فكان حكمه ضمان العمل بالأجرة كان قد أقر بثبوت الأجرة، و العامل لما ادعى الحصة فقد أنكر الأجرة، فالأجرة مورد إقرار المالك و إنكار العامل، فالمراد من قوله: «بما ينفي استحقاقه له» بما ينفي العامل استحقاقه له.

هذا و ما ذكره و إن كان صحيحاً، لكن لا يدخل فيما لو تعارض الإقرار بالإنكار، لاختصاص ذلك بما إذا لم يكن تداعٍ بل كان إقرار و إنكار، كما إذا أقر زيد بأن عليه درهماً لعمرو، فأنكر عمرو ذلك، فان التحقيق تعارض الإقرار بالإنكار، فيبطل الإقرار و لا يؤخذ به. أما المقام فلما كان بين المقر و المنكر تداع و خصام و لا بد من حسم الخصومة تعين الرجوع الى قاعدة: ضمان عمل المسلم بالأجرة، و يجب البناء على الأجرة لذلك، فلا يسقط إقرار المالك بالأجرة بإنكار العامل لها، و إلا لزم سقوط الأجرة و الحصة معاً- سقوط الأجرة بإنكار العامل، و سقوط الحصة بيمين المالك- فلا شيء للعامل حينئذ، و هو خلاف مبنى الكلام من ثبوت شيء على العامل للمالك، و الخيار يكون للمالك بين أن يدفع الأجرة

---

[۱] كذا في الحاشية المذكورة، و هي حاشية المرحوم النائيني (قده). و الظاهر أن حق العبارة (يقر العامل للمالك ..). و لعله من خطإ النسخة المطبوعة (الناشر).

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۱۶

فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة (۱)، و ادعى العامل الإبضاع استحق العامل بعد التحالف (۲) أجرة المثل لعمله.

[(مسألة ۶۲): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل]

(مسألة ۶۲): إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصة العامل، و اختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل (۳). كما أنهما لو اختلفا في حصوله و عدمه كان القول قوله (۴). و لو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل، و اختلفا في مقدار نصيب العامل منه، فان كان من جهة

و بين أن يدفع الحصة المباينة لها، سواء كانت قيمتها أكثر أم أقل، عملًا بإقرار العامل باستحقاقها، فلا يختص جواز دفع الأجرة بما إذا كانت أقل قيمة.

و لعل هذا هو المراد من قول المصنف: «يستحق العامل ..»

و ليس على ظاهره، فان العامل انما يستحق بحكم الحاكم الأجرة لا غير، و لكن يجوز للمالك أن يدفع له الحصة التي يدعيها عملًا بإقراره، سواء كانت قيمتها أقل أم أكثر.

(۱) يعني: للتخلص من الأجرة اللازمة له على تقدير الإبضاع.

(۲) لا يخفى أن دعوى المالك المضاربة إذا كان يقصد بها دفع الأجرة عن نفسه، فيكون العمل بلا عوض، كان حينئذ مدعياً، لمخالفة قوله لأصالة ضمان عمل العامل، و كان العامل المدعي للأجرة منكراً، لموافقة قوله للأصل المذكور، فاذا لم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل و ثبتت له الأجرة، فالمقام من باب المدعي و المنكر عكس المسألة السابقة، التي كان العامل فيها مدعياً و المالك منكراً.

(۳) لأنه أمين. و لأصالة عدم الربح الزائد على ما يدعيه العامل.

(۴) لما ذكر

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۱۷

الاختلاف فی الحصة أنها نصف أو ثلث فالقول قول المالک (۱) قطعاً، و إن کان من جهة الاختلاف فی مقدار رأس المال فالقول قوله أیضاً، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا و ربحاً، و مقتضی الأصل کونه بتمامه للمالک (۲) إلا ما علم جعله للعامل. و أصالة عدم دفع أزید من مقدار کذا إلی العامل لا تثبت کون البقیة ربحاً (۳). مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزید من مقدار کذا (۴)، فیبقی کون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

[(مسائل)]

اشارة

(مسائل:)

[(الأولی:) إذا کان عنده مال المضاربة فمات]

(الأولی:) إذا کان عنده مال المضاربة فمات فان علم بعینه فلا إشکال (۵)، و إلا فإن علم بوجوده فی الترکة الموجودة من غیر تعیین فکذلک، و یکون المالک شریکاً مع الورثة بالنسبة (۶)، و یقدم علی الغرماء إن کان المیت مدیوناً،

---

(۱) کما سبق، لما سبق.

(۲) لأصالة تبعیة الربح للأصل.

(۳) لأنه من اللوازم العقلیة التی لا تثبت إلا بناء علی حجیة الأصل المثبت.

(۴) هذا الأصل أیضاً لا یثبت کون الربح الموجود للمالک إلا بناء علی الأصل المثبت، و حینئذ لا یکون حجة حتی یعارض و یعارض به. و لو بنی علی حجیته للاکتفاء بالسببیة العقلیة صحت المعارضة، و بقی أصل تبعیة الربح للمال- الذی هو أصل مسببی- بحاله.

(۵) و فی الجواهر: «بلا خلاف و لا إشکال». و یقتضیه أصالة بقاء المال علی ملک مالکه.

(۶) قال فی الشرائع: «فإن علم مال أحدهم بعینه کان أحق به،

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۱۸

.....

و إن جهل کانوا فیه سواء»، و فی الجواهر فی شرحه: «بمعنی أنه یقسم بینهم علی نسبة أموالهم کما فی انقسام غیرهم من الشرکاء»، و فی الحدائق:

نسب هذا المعنی إلی الأصحاب، و فی جامع المقاصد: «إن علم بقاء المال فی جملة الشرکة و لم تعلم عینه بخصوصه فصاحبه کالشریک»، و نحوه عبارة غیره. و یظهر من الجمیع أن الاشتباه فی المقام یقتضی الاشتراک حتی مع عدم الامتزاج، و هو غیر ظاهر، بل یشکل حتی مع العلم بالامتزاج فی المثلیات، مثل وضع ثوب فی أثواب، فإنه لا یوجب الاشتراک إذا عرف بعینه، و کذا إذا اشتبه بغیره، فإنه لا دلیل علی هذا الاشتراک.

و فی الحدائق و الریاض و غیرهما: الاستدلال علی ذلک بالخبر، و هو

روایة السکونی عن جعفر (ع) عن آبائه (ع) عن علی (ع): «أنه کان یقول: من یموت و عنده مال مضاربة، قال (ع): إن سماه بعینه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له، و إن مات و لم یذکر فهو أسوة الغرماء» «۱».

و ظاهره تعلق حق المالک بالترکة تعلق حق الغریم بها، و من المعلوم أن الغریم إذا أعطی ماله بطل حقه و لم یجز له المطالبة بجزء من عین الترکة، فضلا عن کونه شریکاً فیها، فالخبر لا دلالة فیه علی مشارکة المالک للورثة فی الترکة، فضلا عن مشارکة المالکین بعضهم مع بعض فی مجموع أموالهم مع اشتباه بعضها ببعض، کما ذکر الجماعة، و قد عرفت أنه لا دلیل علی حصول الشرکة بالاشتباه. بل الخبر الوارد فی الدراهم المودعة

«۲» یقتضی خلاف ذلک، إذ لو کان الامتزاج یقتضی الاشتراک فی المثلیات حتی مع الاشتباه کان اللازم أن یکون لصاحب الدرهم ثلث الدرهمین الباقیین، لاربعهما، کما ذکر فی النص، فدل ذلک علی نفی

---

(۱) الوسائل باب: ۱۳ من کتاب المضاربة حدیث: ۱.

(۲) الوسائل باب: ۱۲ من کتاب الصلح حدیث: ۱.

لوجود عین ماله فی الترکة (۱). و إن علم بعدم وجوده فی ترکته و لا فی یده، و لم یعلم أنه تلف بتفریط أو بغیره أو رده

الاشتراک. و لعله یأتی فی مباحث الشرکة ماله نفع فی المقام.

و یحتمل حمل الخبر علی صورة عدم العلم بوجود مال المضاربة فی ضمن الترکة، فیکون مفاد الخبر ضمان العامل للمال إذا علم أنه فی یده فی حال الموت. و لعل الوجه فی هذا الضمان تقصیره فی عدم الوصیة به، و لا یشمل صورة ما إذا علم بأنه فی ضمن الترکة، بل فی هذه الصورة یرجع إلی القرعة.

و بالجملة هنا صور: (الاولی): أن یموت و عنده أموال متعددة مختلطة لمالکین. و ظاهر الأصحاب الحکم بالاشتراک بینهم فیها علی نسبة أموالهم. (الثانیة): أن یموت و عنده مال لمالک واحد مختلط بالترکة و ظاهرهم مشارکة المالک للورثة بالمجموع علی النسبة، کما صرح بذلک المصنف (قده). و هذان الحکمان لا یقتضیهما الأصل، و لا الخبر (الثالثة):

أن یموت و عنده مال المضاربة و لم یعلم أنه فی ضمن الترکة. بل یحتمل ذلک و یحتمل خلافه، و لا یبعد أن تکون هذه الصورة هی مورد الخبر، و إن کان إطلاقه یقتضی عموم الحکم لجمیع الصور. و حینئذ یکون بناء الجماعة علی الاشتراک فی الصورتین الأولیین غیر ظاهر، و أشکل منه دعوی جماعة أنه مفاد الخبر. نعم فی القواعد: «لو مات العامل و لم یعلم بقاء مال المضاربة بعینه صار ثابتاً فی ذمته، و صار صاحبه أسوة الغرماء، علی إشکال» و هو تعبیر بمتن الخبر، لکن فی مطلق عدم العلم ببقاء مال المضاربة بعینه، و الحدیث یختص بصورة العلم ببقاء مال المضاربة فی یده و عدم معرفته بعینه، فلو اقتصر علیها کان ذلک عملا بالخبر.

(۱) و لم یخرج عن ملکه، فلا یکون وفاء عن ذمة المیت.

علی المالک، فالظاهر عدم ضمانه (۱) و کون جمیع ترکته للورثة، و إن کان لا یخلو عن إشکال بمقتضی بعض الوجوه الآتیة (۲). و أما إذا علم ببقائه فی یده إلی ما بعد الموت و لم یعلم أنه موجود فی ترکته الموجودة أولا- بأن کان مدفوناً فی مکان غیر معلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلک- أو علم بعدم وجوده فی ترکته مع العلم ببقائه فی یده (۳)- بحیث لو کان حیاً أمکنه الإیصال إلی المالک- أو شک فی بقائه فی یده و عدمه أیضاً، ففی ضمانه فی هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشکال علی اختلاف

مراتبه، و کلمات العلماء فی المقام و أمثاله- کالرهن و الودیعة و نحوهما- مختلفة (۴). و الأقوى الضمان فی الصورتین الأولیین. لعموم

قوله (ع): «على الید ما أخذت حتى تؤدی» «۱»

حیث أن الأظهر شموله للأمانات أیضاً. و دعوى: خروجها لأن المفروض عدم الضمان فیها.

(۱) لأصالة البراءة من الضمان.

(۲) یعنی عموم:

«على الید ..»

إذ لا یعتبر فیه أن یکون حال الموت، ضرورة صدقه مع کون الید فی بعض آنات الحیاة. و على هذا کان اللازم على المصنف القول بالضمان فیه، کما فی الصور الآتیة.

(۳) هذا مشترک بین هذه الصورة و ما قبلها. و الاختلاف بینهما فی العلم بعدم الوجود فی الترکة فی الصورة الثانیة و عدم العلم بذلک فی الصورة الأولى.

(۴) قال فی الشرائع: «إذا اعترف بالودیعة ثمَّ مات و جهلت

---

(۱) مستدرک الوسائل باب: ۱ من کتاب الغصب حدیث: ۴.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۲۱

مدفوعة: بأن غایة ما یکون خروج بعض الصور منها (۱)،

عینها قیل: یخرج من أصل ترکته. و لو کان له غرماء و ضاقت الترکة حاصّتهم المستودع. و فیه تردد»، و فی المسالک: نسب الأول إلى المشهور و استدل على الضمان بعموم:

«على الید ..»

، و لأنه بترک التعیین مفرط، و لأن الأصل بقاؤها فی یده إلى الموت، فتکون من جملة ترکته فاذا تعذر الوصول الى عینها وجب البدل فتکون بمنزلة الدین. ثمَّ ذکر أن التردد یحتمل أمرین (الأول): أن یکون فی أصل الضمان، فان الاعتراف بها إنما یقتضی وجوب الحفظ، لا الضمان. (و الثانی): أن یکون فی کیفیة الضمان، لأن بقاءها بمقتضى الأصل إنما یقتضی کونها من جملة الترکة، غایته أن عینها مجهولة، فیکون مالکها بمنزلة الشریک، ثمَّ قال: «و الأقوى أنه إن علم بقاء عینها الى بعد الموت و لم یتمیز قدم مالکها على الغرماء، و کان بمنزلة الشریک، و إن علم تلفها بتفریط فهو أسوة الغرماء، و إلا فلا ضمان أصلا»، و نحو ذلک کلامهم فی وجوب الاشهاد على الودیعة إذا ظهر للمستودع امارة الموت، أو وجوب الوصیة بها حینئذ، و أنه یحصل الضمان بترک الإشهاد، أو بترکه و ترک الوصیة معاً، أولا یحصل حتى مع ترکهما معاً. فلاحظ کلماتهم فی المقامین.

(۱) من البعید جداً أن یکون خروج الأمانات من باب التخصیص، فان المتعارف فی الید هو ید الأمین، کالمرتهن و المستعیر، و المستودع، و الأجیر على عمل فی العین، و المستأجر للعین لاستیفاء منافعها، و الملتقط و الوصی، و الولی، و الشریک، و عامل المضاربة، و العامل فی المزارعة و المساقاة و الجعالة .. إلى غیر ذلک، و ید غیر الأمین مختصة بالغاصب و القابض بالسوم، فلو أرید من الید العموم لزم تخصیص الأکثر، لندرة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۲۲

کما إذا تلفت بلا تفریط أو ادعی تلفها کذلک (۱) إذا حلف و أما صورة التفریط و الإتلاف و دعوی الرد فی غیر الودیعة (۲) و دعوی التلف و النکول عن الحلف (۳) فهی باقیة تحت العموم (۴)

الید فی الموردین المذکورین. فلا بد أن یکون المراد من الید فی

قوله (ص) «علی الید ..»

الید المبنیة علی الرد، فلا یشمل الید المبنیة علی الإبقاء و ترک الأداء، و حینئذ لا یشمل ید الأمین المفروضة فی المقام، و یتعین الرجوع إلی أصالة البراءة.

(۱) هذا راجع إلی ما قبله. و الاختلاف بینهما من قبیل الاختلاف بین مقامی الثبوت و الإثبات.

(۲) أما فی الودیعة فیظهر منهم التسالم علی قبولها بالیمین. مثل دعوی التلف، و هذا الإجماع هو العمدة فی القبول. أما إذا ادعی الرد فی غیر الودیعة لم تسمع دعواه علی المشهور، لعدم الدلیل علی سماعها، فیشمله عموم: البینة علی المدعی. و ما دل علی قبول قول الأمین أو قول ذی الید مختص بما کان متعلقاً بما فی الید، فلا یشمل ما کان متعلقاً بالمالک فاذا لم یقم البینة کان ضامناً للعین. و کأنه للخیانة. و لکنه غیر ظاهر کلیة لجواز الاشتباه منه فی دعوی الرد.

(۳) ثبوت الضمان فی هذه الصورة کأنه لأجل تحقق الخیانة. و لکنه غیر ظاهر، لجواز أن یکون للتورع عن الیمین. کما یجوز أن یکون اشتباهاً منه فی دعوی التلف، فلم تحرز الخیانة.

(۴) قد عرفت أن بقاءها تحت العموم یتوقف علی تحقق الخیانة، و هو غیر ثابت، فالضمان یکون بحکم الحاکم فی مقام حسم النزاع، فلا یکون حکماً واقعیاً، بل ظاهری لحسم النزاع، و لیس مما نحن فیه.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۲۳

و دعوی: أن الضمان فی صورة التفریط و التعدی من جهة الخروج عن کونها أمانة (۱)، أو من جهة الدلیل الخارجی کما تری لا داعی إلیها. و یمکن أن یتمسک بعموم ما دل علی وجوب رد الأمانة (۲) بدعوی: أن الرد أعم من رد العین

---

(۱) لظهور أن ذلک نوع من الخیانة، و هی مقابل الأمانة، فإن المالک ائتمن الأمین علی العین، فجعل له ولایة حفظها، فاذن له فی إبقائها عنده لأجل حفظها، فاذا خانه فی ذلک و صار فی مقام تضییعها و ضیاعها فقد فات الغرض المقصود للمالک، فتفوت معه الاذن فی البقاء، فیکون داخلا فی عموم:

«علی الید ..»

الذی قد عرفت أن موضوعه الید غیر المأذونة فی البقاء. فالضمان بالتعدی و التفریط لأجل ذلک. مضافاً إلی النصوص الخاصة الوارد بعضها فی التعدی علی الودیعة

«۱»، بأن خالف ما أمره به المودع، و أکثرها فی مخالفة العامل فی المضاربة ما أمره به المالک

«۲»، و قد تقدمت. فالخارج من عموم:

«علی الید ..»

الأمین غیر الخائن، أما الخائن فهو داخل تحت العموم. لکن لا لما ذکره المصنف (ره) من عموم علی الید للأمانات بل لأن الأمانات الخارجة موضوعاً عن عموم

علی الید

مختصة بغیر الخیانة. ثمّ إن ما ذکره المصنف من التمسک بعموم

«علی الید ..»

علی التفصیل المذکور قد سبقه إلیه فی الجواهر.

(٢) قال اللّه تعالی (إِنَّ اللّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا) «٣» لکن الوجوب المذکور تکلیفی محض، لا یقتضی ضماناً و لا اشتغال ذمة بالعین، لیتعلق ذلک الحق بالترکة. و لذا لا یلتزم أحد بأن وجوب رد

---

(١) الوسائل باب: ۵ من کتاب الودیعة حدیث: ١.

(٢) راجع الوسائل باب: ١ من کتاب المضاربة.

(٣) النساء: ۵٨.

مستمسک العروة الوثقی، ج ١٢، ص: ۴٢۴

و رد البدل (١)، و اختصاصه بالأول ممنوع ألا تری أنه یفهم من قوله (ع): «المغصوب مردود»

«١» وجوب عوضه عند تلفه (٢) هذا مضافاً إلی

خبر السکونی عن علی (ع) أنه کان یقول: «من یموت و عنده مال مضاربة قال: إن سماه بعینه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم یذکر فهو أسوة الغرماء» «٢»

(٣). و أما الصورة الثالثة: فالضمان

الأمانات المتوجه للأمین حین المطالبة موجب لضمانه، فاذا تلفت العین حین الرد کان ضامناً لها، فلیس هو إلا وجوب تکلیفی لا غیر. و هذا بخلاف عموم:

«علی الید ..»

. ثمَّ إن من المعلوم أن وجوب رد الأمانات یختص بصورة مطالبة المالک و عدم إذنه فی بقاء العین، و ذلک منتف بالنسبة إلی العامل فی حال حیاته، و أما بالنسبة إلی الوارث فلعدم کونه مؤتمنا من قبل المالک علی العین و لم یتسلمها منه لا یشمله الدلیل، فضلا عن أن یقتضی ضمانه.

(١) هذه الدعوی لا- تجدی فی وجوب الرد علی الوارث ما لم یثبت الضمان علی الموروث، و إلا- فهو کالأجنبی خارج عن هذا التکلیف.

(٢) هذا أول الکلام، بل هو ممنوع، کما فیما قبله، و فهم البدل من جهة ضمان المغصوب، لا من جهة وجوب ردّه.

(٣) رواه الشیخ عن محمد بن محبوب عن أحمد عن البرقی عن النوفلی عن السکونی عن جعفر (ع) عن آبائه عن علی (ع) و الاشکال علی التمسک بالحدیث من وجهین (الأول): السند، فإن النوفلی لم یثبت توثیقه. (و الثانی): الدلالة، إذ منصرف الحدیث صورة وجود مال

---

(١) الوسائل باب: ١ من کتاب الغصب حدیث: ٣.

(٢) الوسائل باب ١٣ من کتاب المضاربة حدیث: ١.

مستمسک العروة الوثقی، ج ١٢، ص: ۴٢۵

فیها أیضاً لا یخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء یده علیه إلی ما بعد الموت (١) و اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (٢)، و إذا لم یمکنه ذلک لموته یؤخذ من ترکته بقیمته. و دعوی: أن

المالک مشتبها، فيكون الحكم وارداً لعلاج المال المشتبه، لا أنه وارد لعلاج خسارة مالک مال المضاربة.

(۱) يشكل بأن عموم اليد إذا كان يقتضى الضمان فى الأمانات فلا حاجة الى أصالة بقاء يده عليه فى إثبات الضمان، لتحقق اليد من أوّل الأمر، و لم يثبت ما يوجب الخروج عنه، و هو صورة تلفه بلا تفريط.

نعم إذا كان الموجب للضمان اليد حال الموت احتيج إلى إثبات ذلک.

لكنه غير ظاهر. و قد أشار إلى ذلک المصنف فى صدر المسألة. لكنه لم يعتن به و قوى خلافه. هناک. نعم إذا كان المستند فى الضمان خبر السكونى

فلأجل أن موضوع الضمان فيه أن يموت و عنده مال مضاربة، فإذا شك فى بقاء المال عنده حال الموت جرى الاستصحاب فى إثباته، لكونه موضوع أثر شرعى، فيترتب بالأصل أثره

(۲) إشارة الى ما تقدم منه من الاستدلال على الضمان بوجوب رد الأمانات، فيراد من الأصل عموم الرد المقتضى لاشتغال ذمته. لكن الأصل هنا بمعنى العموم لا يتناسب مع الأصل السابق و هو الاستصحاب، ليصح العطف. مع أنه مشروط بالمطالبة، كما عرفت، و هى منتفية. و يحتمل أن يريد به الاستصحاب، فيكون معطوفاً على «يده» لا على «بقاء» لكنه بعيد، لأن الاشتغال بحدوثه يقتضى الرد لو فرض تحقق المطالبة و إن لم يجر الاستصحاب، لكفاية الاشتغال السابق فى حكم العقل بوجوب الرد و لو أريد استصحاب الاشتغال بالرد بعد الموت فإشكاله ظاهر، لانتفاء التكليف بالموت.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۲۶

الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، و المرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته. مدفوعة:

بأن الأصل الأول حاكم على الثانى (۱). هذا مع أنه يمكن الخدشة فى قاعدة اليد: بأنها مقتضية للملكية (۲) إذا كانت مختصة (۳)، و فى المقام كانت مشتركة، و الأصل بقاؤها

(۱) لأن الأول موضوعى و الثانى حكمى. لكن عرفت أن الأول لا مجال له، لعدم الأثر لمورده، و عموم:

«على اليد ..»

لا- مجال للعمل به فى يد الأمين، فالمتعين الرجوع إلى أصالة عدم التعدى و التفريط الموجبين للضمان فينتفى الضمان بها، لا إلى أصالة البراءة لأنها أصل مسببى لا مجال له مع الأصل السببى و إن كان موافقاً له.

(۲) الملكية ليست موضوعاً للكلام، بل موضوعه الضمان و اللاضمان سواء كانت ملكية أم لم تكن، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لا توافق أحد الأصلين و لا- تخالفه، فالرجوع إليها بعد المعارضة غير ظاهر. مع أن اليد إذا جرت كانت مقدمة على كل من الأصلين المذكورين، لا أن الرجوع إليها يتوقف على سقوط الأصلين.

(۳) الظاهر من قوله «مختصة» أن تختص بمال ذى اليد، فى مقابل المشتركة التى يكون فيها ماله و مال غيره و هو أيضاً خلاف عموم:

«على اليد ..»

. مع أن لازمه امتناع التمسک بها غالباً، لأن الشک فى ملكية ما فى اليد مساوق للشک فى الاختصاص، لأنه إذا كان ما فى اليد مملوكاً لغير ذى اليد فقد كانت مشتركة، فالشک غالباً يكون فى الاختصاص و الاشتراک، و إذا لم يحرز الاختصاص لم يجز التمسک بها، للشک فى عنوان الدليل. إلا أن يراد من المختصة ما لم تكن معلومة الاشتراک.

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۲۷

على الاشتراک (۱). بل فى بعض الصور يمكن أن يقال:

إن یـده ید المالک من حیث کونه عاملا له، کما إذا لم یکن له شـیء أصـلا فأخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم یکن فی یده سوی مال المضاربـة، فإذا مات یکون ما فی یـده بمنزلة ما فی ید المالک، و إن احتمل أن یکون قد تلف جمیع ما عنده من ذلک المال (۲) و أنه استـفاد لنفسه ما هو الموجود فی یـده. و فی بعض الصور یـده مشترکة بینه و بین المالک کما إذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار و من ماله أیضاً مقدار. نعم فی بعض الصور لا یعد یده مشترکة أیضاً (۳)، فالتمسک بالید بقول

---

(۱) یعنی: فلا یصح التمسک بها لإثبات الملکیة لذی الید.

(۲) یعنی: فیحکم بـأنه مـال المالک، فتسـقط یـده عن الحجیـة علی کونه ماله و تکون حجـة علی کونه للمالک. و لکن ذلک خلاف عموم دلیـل حجیـة الیـد، و خلاـف المرتکزات العقلائیـة. و أظهر منه مـا لو علم بتبـدل العین التی کانت للمالک بعین أخری، کما إذا کانت بیـده دراهم فمات فوجـد بیـده دنانیر، فإنه لا مجال للحکم بأنها ملک المالک، نعم مع وحدة عین المال یحکم بکونه للمالک، لاستصحاب کون الید أمینة و کون العین لمالکها و کذا فی العین المغصوبة، فالغاصب إذا مات و بیده العین التی قد غصبها إذا احتمل أنه قـد ملکها بعـد الغصب لا یحکم بملکیتها له بل یحکم بملکیتها لمالکها لعدم الدلیل علی حجیة الید علی الملکیة فی المقام فیتعین الرجوع إلی الأصول. أما فی الصورتین السابقتین فیتعین الرجوع إلی عموم دلیل حجیة الید.

(۳) إذا کان المناط فی الاشتراک أن یکون بیده ماله و مال

مطلق مشکل (۱). ثمَّ إن جمیع ما ذکر إنما هو إذا لم یکن بترک التعیین عند ظهور أمارات الموت مفرطاً، و إلا فلا إشکال فی ضمانه (۲).

[(الثانیة): ذکروا من شروط المضاربة التنجیز]

(الثانیة): ذکروا من شروط المضاربة التنجیز (۳)، و أنه لو علقها علی أمر متوقع بطلت، و کذا لو علقها علی أمر

غیره فهذه الصورة غیر ظاهرة.

(۱) قد عرفت حقیقته.

(۲) للخیانة.

(۳) أهمل ذکر هذا الشـرط فی المضاربة فی الشـرائع و القواعد. و فی التذکرة: «یجب التنجیز فی العقد، فلا یجوز تعلیقه علی شرط أو صفة مثل: إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشـهر فقد قارضـتک. و کذا لا یجوز تعلیق البیع و نحوه. لأن الأصل عصـمة مال الغیر». و فی جامع المقاصد فی المقام: «و اعلم أنه یشترط لصـحة العقد التنجیز فلو علقه بشرط کدخول الدار أو صفة کطلوع الشمس لم یصح. و به صرح فی التذکرة لانتفاء الجزم المعتبر فی العقد» و عن شرح الإرشاد للفخر: أن تعلیق الوکالة علی الشرط لا یصح عند الإمامیة. و کـذا سـائر العقود جـائزة کـانت أو لازمـة. انتهی. و فی المسالـک من مبحث اشـتراطه التنجیز فی الوقف قـال: «و اشتراط تنجیزه مطلقاً موضع وفاق، کالبیع و غیره من العقود و لیس علیه دلیل بخصوصه .. (الی ان قال): و یسـتثنی من بطلانه بتعلیقه علی الشـرط ما لو کان الشـرط واقعاً و الواقف عالماً بوقوعه کقوله: وقفت إن کان الیوم یوم الجمعة فلا یضر کغیره». و الذی یستفاد من ملاحظة کلماتهم فی أبواب العقود و الإیقاعات أن إهمال ذکر التنجیز فی بعض تلک الأبواب مبنی علی ما ذکروه فی باب آخر من عموم شرطیة

حاصل إذا لم یعلم بحصوله (۱). نعم لو علق التصرف علی أمر صح (۲) و إن کـان متوقع الحصول. و لا دلیل لهم علی ذلک (۳) إلا دعوی الإجماع علی أن أثر العقد لا بد أن یکون حاصلا من حین صدوره (۴).

التنجیز للعقود و الإیقاعات.

(۱) کما یفهم من تعلیل جامع المقاصد و من صریح عبارة المسالک.

(۲) بمقتضـی عموم الصـحة بعـد أن لم یکن فیه تعلیق لنفس المضاربـة و فی الشـرائع فی باب الوکالـة: «لو نجز الوکالة و شـرط تأخیر التصرف جاز»، و فی المسالک عن التذکرة: نفی الخلاف فیه، ثمَّ قال فی المسالک:

«و هـذا و إن کـان فی معنی التعلیق، إلا أن العقود لما کانت متلقاة من الشارع نیطت بهـذه الضوابط، و بطلت فیما خرج عنها و ان أفاد فائدتها».

و یشـکل: بـأن معنی تعلیق الوکالـة غیر معنی تعلیق التصـرف مع تنجز الوکالـة و اشتراکهما فی بعض الأحکام لا یوجب الاشتراک فی المعنی. و لعل مراد المسالک ما ذکرنا.

(۳) یعنی: اشتراط التنجیز.

(۴) دعوی الإجمـاع المتقدمـة فی عبـارتی المسالـک و شـرح الإرشاد إنما هی علی اعتبار التنجیز و مانعیـة التعلیق، و کـذلک عبارات غیرهما، مثل ما ذکره فی التذکرة «لا یصح عقد الوکالة معلقاً بشرط أو وصف، فان علقت علیهما بطلت، مثل أن یقول: إن قدم زید أو إذا جـاء رأس الشـهر فقـد وکلتـک، عنـد علمائنـا»، و فی جـامع المقاصـد: «یجب أن تکون الوکالـة منجزة عنـد جمیع علمائنـا». و أما الإجمـاع علی أن أثر العقـد یجب أن یکون حاصـلًا من حین صـدوره فلم یـدعه أحـد فی المقـام و لاـ فی غیره، و إنمـا ذکر فی کلام بعضهم تعلیلًا للحکم باشتراط التنجیز کما ذکر غیره من

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۳۰

و هو إن صح (۱) إنما یتم فی التعلیق علی المتوقع، حیث أن الأثر متأخر، و أما التعلیق علی ما هو حاصل (۲) فلا یستلزم التأخیر، بل فی المتوقع أیضاً إذا أخذ علی نحو الکشف (۳)- بأن یکون المعلق علیه وجوده الاستقبالی- لا یکون الأثر متأخراً (۴). نعم لو قام الإجماع علی اعتبار العلم بتحقق الأثر حین العقد تمَّ فی صورة الجهل (۵). لکنه غیر معلوم (۶).

الوجوه. مع أنه لو کـان المسـتند فی الحکم هو الإجمـاع علی أن أثر العقـد یجب أن یکون حاصـلًا من حین العقـد فهـذا الإجمـاع لا یقتضی اشتراط التنجیز و مانعیة التعلیق، لأن أثر العقد مع التعلیق أثر تعلیقی و هو حاصل حال العقد.

(۱) لا إشکال أنه صحیح، لامتناع التفکیک بین العلة و المعلول و الأثر و المؤثر. لکن عرفت أنه لا یثبت الدعوی.

(۲) یعنی: إذا لم یعلم بحصوله کما تقدم.

(۳) یعنی: بنحو الشرط المتأخر

(۴) لکنه خـارج عن محـل کلامهم فی مانعیـة التعلیق علی المتـأخر، إذ المراد منه مـا یکون متـأخراً عن العقـد و لوحـظ بنحو الشـرط المقارن للمعنی الإنشائی، فلا یشـمل ما ذکر. هذا إذا کان الشرط معلوم الحصول، کما إذا قال: بعتک إذا کان یجیء رأس الشهر، فان العقد فیه صحیح، و إذا کان مجهول الحصول فهو عین الاشکال السابق، لأنه من التعلیق علی ما هو حاصل مجهول.

(۵) یعنی: فی صورة التعلیق علی الشرط المقارن فی صورة الجهل.

(۶) و إن ادعی ذلـک فیمـا تقـدم عن جامع المقاصـد من اعتبار الجزم، و قبله العلامـة فی التـذکرة، قال (ره) فی کتاب البیع: «الشـرط الخامس

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۳۱

.....

من شرائط العقد الجزم، فلو علق العقد علی شرط لم یصح و ان کان الشرط المشیئة، للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته». و تبعه علی ذلک الشهید فی قواعده، قال (ره): «لأن الانتقال بحکم الرضا، و لا رضا إلا مع الجزم، و الجزم ینافی التعلیق». و هذا أحد الوجوه المذکورة تعلیلا- لاشتراط التنجیز فی العقود، و دلیله غیر ظاهر، بل مقتضی عمومات الصحة عدم الشرطیة، و ما ذکره الشهید فی قواعده من أنه لا رضا إلا مع الجزم ممنوع، لأن الرضا علی تقدیر مجهول حاصل جزماً، فمع العلم بذلک التقدیر یحصل العلم بالرضا و یترتب الأثر و هو الانتقال، و لا یتوقف الانتقال علی الجزم حال العقد بالرضا، بل یکفی الجزم بعد ذلک بالرضا حال العقد. و هناک وجه ثالث لشرطیة التنجیز أشار إلیه فی التذکرة فی عبارته المتقدمة التی ذکرها فی کتاب المضاربة من أن الأصل عصمة مال الغیر. و سبقه إلی ذلک فی المبسوط و الخلاف، قال فیهما فی مبحث الوکالة:

«من أنه لا دلیل علی الجواز و الصحة إذا لم تکن منجزة». و فیه: أن إطلاق أدلة الصحة شامل للمعلق کالمنجز، و به یخرج عن الأصل.

و الذی یتحصل أمور (الأول): أن المذکور فی کلام الأصحاب (رض) دعوی الإجماع علی اعتبار التنجیز لا علی شیء آخر. (الثانی): أن المفهوم من کلماتهم فی المواضع المختلفة الاستدلال علی ذلک تارة: بأنه لا بد من ترتب أثر العقد حین وقوعه، کما یقتضیه دلیل السببیة، و التعلیق ینافی ذلک.

و أخری: بأنه یعتبر فی ترتب الأثر علی العقد الرضا، و لا یحصل الجزم بذلک إلا مع التنجیز. و ثالثة: بأنه لا دلیل علی صحة الإنشاء المعلق، و الأصل یقتضی عدم ترتب الأثر علیه. و قد عرفت الاشکال علی هذه الوجوه. (الثالث): أن هذه الوجوه مختلفة المفاد من حیث المطابقة للدعوی و المخالفة لها، فالوجه الأول لا یقتضی المنع من التعلیق علی أمر حالی، مثل:

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۳۲

.....

إن کان هذا الیوم الجمعة فقد بعتک، و یختص بالمنع من التعلیق علی الأمر الاستقبالی، و الثانی لا یقتضی المنع من التعلیق علی معلوم الحصول مثل:

بعتک إذا جاء شهر رمضان، و یختص بالمنع من التعلیق علی مجهول الحصول حالیاً کان أو استقبالیاً، و الثالث یقتضی المنع من التعلیق حتی علی ما هو معلوم حال العقد مع تصریح غیر واحد بصحة التعلیق فیه کما تقدم فی بعض العبارات (الرابع): أن الوجوه المذکورة بعد أن لم تکن خالیة من الاشکال و لم تکن مطابقة للدعوی فلیست هی المستند فی الحکم، بل المستند الإجماع.

هذا و قد یتوهم أن الوجه فی اعتبار التنجیز هو عدم قابلیة الإنشاء للتعلیق. و فیه: أن التعلیق فی العقود و الإیقاعات ثابت فی الشریعة، مثل الوصیة التملیکیة و العهدیة و التدبیر و النذر و العهد و الیمین إجماعاً، بل ضرورة عند أهل العلم. مع أنه راجع إلی تعلیق المنشأ، لا تعلیق نفس الإنشاء، فقول القائل: بعتک إذا جاء رأس الشهر، یراد به تعلیق البیع علی مجیء رأس الشهر، لا تعلیق إنشاء البیع علیه، و کذلک فی الخبر، فاذا قلت: إذا کانت الشمس طالعة فالنهار موجود کان المراد تعلیق وجود النهار علی طلوع الشمس، لا- تعلیق الاخبار بوجود النهار علی طلوع الشمس، فالجزاء المعلق علی الشرط فی الجملة الشرطیة یراد به تعلیق مضمونه- أعنی: المخبر به إن کان الجزاء خبراً، أو المنشأ إن کان الجزاء إنشاءً- لا تعلیق نفس الخبر أو الإنشاء، و إذا أرید به تعلیق الخبر کان اللازم أن یقول: إن کانت الشمس طالعة أخبرتک بأن النهار موجود، و کذا إذا أراد تعلیق الإنشاء، فإنه لا بد حینئذ أن یقول: إذا جاء رأس الشهر أنشأت بیعک، فاذا قال فی الجزاء: «بعتک» کان المعلق نفس البیع المنشأ، لا إنشاؤه إذ إنشاؤه مصداق للإنشاء، و المصداق لا یقبل التقیید و

الإطلاق، و انما الذی یقبلهما هو المفهوم. و کذلک الکلام فی الخبر فان المصداق منه

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۳۳

.....

لا یقبل التقیید و الإطلاق، و انما الذی یقبلهما المفهوم. هذا مضافاً الی أن مصداقی الخبر و الإنشاء لم یلحظا لحاظ المعنی الاسمی، فلا یقبلان أن یکونا موضوعاً لإضافة التعلیق، و انما الملحوظ لحاظ المعنی الاسمی هو نفس المخبر به و المنشأ فیهما اللذان یقبلان إضافة التعلیق.

و من ذلک یظهر الاشکال فیما ذکره بعض الأعیان من أن المعلق فی الجمل الشرطیة هو الاخبار بالجزاء أو إنشاء الجزاء. لا نفس المخبر به أو المعنی المنشأ، مستدلا علی ذلک بأنه یلزم الکذب فی قوله تعالی (لَوْ کانَ فِیهِما آلِهَةٌ إِلَّا اللّهُ لَفَسَدَتا) «۱» لأن الأخبار بالفساد إذا کان مطلقاً غیر مقید بحال کان بلا مطابق فی الخارج، فیکون کذباً- نعوذ باللّه تعالی- فلا بد أن یکون الشرط قیداً للأخبار، لا للمخبر به، و کذلک الکلام فی الإنشاء لأنهما من باب واحد. و فیه: أن قیود المخبر به لیست علی نسق واحد فالقیود التحقیقیة یکون الاخبار عن المقید بها اخباراً عنه و عنها، فتقول: جاء زید راکباً فرساً، فالاخبار فیه کما یکون عن مجیء زید یکون عن رکوبه الفرس، أما القیود التعلیقیة فالإخبار عن المقید بها لا یکون إخباراً عنها، فاذا قلت: إذا رکب زید الفرس جاء، لا یکون إخباراً عن مجیئه و عن رکوب الفرس، و إنما یکون إخباراً عن مجیئه علی تقدیر رکوب الفرس، و یصدق مع عدم رکوبه للفرس و عدم مجیئه، و لذا قیل صدق الشرطیة لا یتوقف علی صدق طرفیها. فالایة الشریفة إخبار عن الفساد علی تقدیر تعدد الآلهة لا إخبار عن الفساد و تعدد الالهة کی یلزم الکذب- نعوذ باللّه تعالی- فلاحظ و تأمل.

و یحتمل أن یکون الوجه فی بناء الأصحاب علی ذلک بناؤهم علی أن العقود الصحیحة خصوص المتعارفة، و التعلیق خارج عن المتعارف فیها.

---

(۱) الأنبیاء: ۲۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۳۴

ثمَّ علی فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف و نفوذه من جهة الإذن (۱). لکن یستحق حینئذ أجرة المثل لعمله، إلا

لکن المبنی ضعیف.

ثمَّ إنه لم یعرف متأمل فی الحکم المذکور أو راد له، سوی ما عن الکفایة من نسبة الحکم الی المشهور، و فی الحدائق: فی المقام الرجوع إلی أصالة عدم الشرطیة و ظاهره البناء علی العدم. لکن الخروج عن الإجماع و عدم ظهور الخلاف- کما اعترف به فی مجمع البرهان- کما تری.

(۱) قال فی القواعد فی مبحث الوکالة: «و إذا فسد العقد لتعلیقها علی الشرط احتمل تسویغ التصرف بحکم الاذن»، و فی التذکرة: جعله الأقرب، لأن الإذن حاصل مع الوکالة، و إذا فسدت الوکالة فلا موجب لارتفاع الإذن، لأن التعلیق لا یفسد الاذن، بخلاف الوکالة. و دعوی:

أن الاذن حاصل فی ضمن الوکالة و یمتنع بقاء الضمنی مع زوال المتضمن له. مندفعة: بأن المتضمن للإذن الوکالة الباطلة الحاصلة من المالک، و هی باقیة، و عدم صحتها شرعا لا یقتضی زوالها. و لیس ذلک قولا بصحة الوکالة مع التعلیق، لان بقاء الاذن راجع إلی التوکیل. ضرورة أن الوکالة من العقود و الاذن من الإیقاع، فلا یرجع أحدهما إلی الآخر، فلا مانع من بطلان العقد و صحة الإیقاع.

قال فى التذكرة: «و هذا أحد وجهى الشافعية. و الثانى: لا يصح لفساد العقد و لا اعتبار بالإذن الضمنى فى عقد فاسد. ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً و سلم إليه المبيع لا يجوز للمشترى التصرف فيه و إن تضمن البيع و التسليم الاذن فى التصرف و التسليط عليه. و ليس بجيد، لأن الاذن فى تصرف المشترى باعتبار انتقال الثمن إليه و الملك إلى المشترى، و شىء منهما ليس بحاصل، و إنما أذن له فى التصرف لنفسه ليسلم له الثمن. و هنا إنما

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٤٣٥

أن يكون الاذن مقيداً بالصحة (١)، فلا يجوز التصرف أيضاً.

[الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالک]

الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالک، و أما العامل فلا يشترط فيه ذلک (٢)، لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من التصرف إلا بالاذن من الغرماء بناء على تعلق الحجر بالمال الجديد (٣).

[الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت]

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر- أو الجنون أو الإغماء- كما مر فى سائر العقود الجائزة-

---

أذن له فى التصرف عن الآذن لا لنفسه» و هو كما ذكر، فإنه قياس مع الفارق.

و على هذا البناء نقول باستحقاق العامل فى الإجارة الباطلة أجرة المثل و إن كان عالماً بالبطلان، إذ لو لم يكن مأذوناً كان تصرفه فى العين حراماً، فلا يستحق عليه أجراً، و إنما جاء الاذن من الإجارة الباطلة، و هى غير منتفية، و ليس آتياً من الإجارة الصحيحة كى ينتفى بانتفائها، و هكذا الكلام فى جميع العقود الإذنية- كالعارية و الوكالة و الوديعة و الإجارة على العمل و غيرها- إذا بطلت للتعليق جاز التصرف بعد حصول الشرط، لحصول الاذن من العقد المعلق، و بطلانه شرعاً لا يوجب بطلان الاذن و لا انتفاءها. و قد أطال المقدس الأردبيلى فى شرح عبارة التذكرة فى المقام بما لا يخلو عن نظر، و إن كان لا يخلو من فائدة. فليراجع.

(١) و مع الشك يرجع إلى إطلاق العقد، الموجب لإطلاق الإذن.

(٢) الذى تقدم منه فى أول كتاب المضاربة اشتراط عدم الحجر بالفلس فى المالک و العامل معاً، على ما هو ظاهر العبارة. و قد تقدم الاشكال عليه فى ذلک.

(٣) لاتحاد المناط الموجب للحجر بالمال السابق على الحجر. لكن

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ٤٣٦

و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً (١) و كذا فى الإغماء بين قصر مدته و طولها، فان كان إجماعاً و إلا فيمكن أن يقال بعدم البطلان فى الأدوارى و الاغماء القصير المدة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما، و أما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد، سواء

المناط غير ظاهر. و المال الجديد- كالدين الجديد- لم يثبت أن له حكم المال القديم فى الحجر عليه، فعموم السلطنة بحاله.

(١) قال فى الشرائع فى مبحث الوكالة: «و تبطل الوكالة بالموت و الجنون و الاغماء من كل واحد منهما»، و فى المسالک فى شرحه

قال:

«هذا موضع وفاق. و لأنه من أحكام العقود الجائزة. و لا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء و قصره، و لا بين الجنون المطبق و الأدوار».
و في الجواهر: نحو ذلک، و في التذكرة: «و لو جن الوكيل أو الموكل أو أغمى على أحدهما بطلت الوكالة، لخروجه حينئذ عن التكليف، و سقوط اعتبار تصرفه و عباراته في شيء البتة».
و لا يخفى أن الخروج عن التكليف لا دخل له في صحة الوكالة و لا في بطلانها. و أما سقوط اعتبار التصرف فان كان في الوكيل فهو صحيح لكن لا يقتضي بطلان الوكالة و عدم صحة التصرف بعد الإفاقة. و إن كان في الموكل فهو لا يقتضي بطلان الوكالة و عدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلا عما بعد الإفاقة. فالبطلان لا تقتضيه القواعد العامة. و لذا حكى عن جامع الشرائع: عدم البطلان بالجنون. و كذا في الإغماء ساعة.
لكن الفرق بين الساعة و الأكثر غير ظاهر، كالفرق بين الجنون و الاغماء في الإطلاق و التقييد بساعة.
مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۴۳۷
كانا في المالک أو العامل. و كذا تبطل بعروض السفه لأحدهما (۱) أو الحجر للفلس في المالک أو العامل أيضاً (۲) إذا كان بعد حصول الربح (۳)، إلا مع اجازة الغرماء.

[الخامسة: إذا ضارب المالک في مرض الموت]

الخامسة: إذا ضارب المالک في مرض الموت صح و ملک العامل الحصة (۴) و إن كانت أزيد من أجرة المثل، على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل بل و كذلک على القول بأنها من الثلث (۵)، لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث، إذ الربح أمر معدوم، و ليس مالا موجوداً للمالک، و إنما حصل بسعي العامل (۶)

---

(۱) قال في الشرائع: «و تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف»، و نحوه في القواعد، و حكى عن غيرهما أيضاً. و يظهر منهم التسالم عليه. و لولاه لأشكل ذلک بأن الحجر على الموكل لسفه إنما يمنع تصرف الموكل، لا تصرف الوكيل إذا كان توكيله في حال الرشد.
(۲) لأن أموال المفلس تكون تحت ولاية الحاكم، لا يجوز للمالک و لا لفروعه التصرف فيه إلا بإذن الحاكم أو الغرماء
(۳) إذ الربح من أموال العامل فيحجر عليه فيه الا بإذن الغرماء.
(۴) لعموم الصحة.
(۵) كما صرح به في القواعد و غيرها، بل يظهر منهم أنه لا- خلاف فيه، بل عن صريح مجمع البرهان أو ظاهره أنه لا خلاف فيه، معللين له بما ذكر.
(۶) لكنه نماء مال المالک، فتمليكه محاباة تضييع على الوارث،
مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۲، ص: ۴۳۸

[السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب]

السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب- سواء كان غاصباً أو جاهلا- بكونه ليس له- فان تلف في يد العامل أو حصل

خسران (۱) فلمالكه الرجوع على كل منهما (۲)، فان رجع على المضارب لم يرجع على العامل (۳) و إن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا على المضارب و إن

كما إذا آجر أملاكه بأقل من أجرة المثل، إذ المنافع غير موجودة، و إنما يستوفيها الأجير فى ظرف حصولها. و كذا لو ساقى الفلاح بأكثر من الحصة المتعارفة أو زارع الفلاح بأكثر من الحصة المتعارفة، فإن ذلك كله إضرار عرفاً بمال الوارث. و منه يظهر ضعف ما فى القواعد، قال رحمه اللّه: «و لو شرط المريض ما يزيد عن أجرة المثل لم يحسب الزائد من الثلث، إذ المقيد بالثلث التفويت، و ليس حاصلا هنا، لانتفاء الربح حينئذ. و هل المساقاة كذلك؟ إشكال ينشأ من كون النخلة مثمرة بنفسها فهى كالحاصل»، و نحوه ما فى غيرها، بل قيل: إنه لا خلاف فيه.

اللهم إلا أن يدعى قصور الأدلة عن شمول مثل ذلك. فلاحظ.

(۱) لا يمكن فرض الخسران إلا فى ظرف صحة المعاملة بالأقل، و الصحة حينئذ لا تكون إلا بإجازة المالك، و حينئذ لا وجه لرجوع المالك على أحد فيه، لأنه بفعله. و لو وقعت معاملتان فى إحداهما ربح و فى الأخرى خسران فأجاز الأولى دون الثانية كان له الربح و لم يكن عليه خسران.

(۲) لعموم:

«على اليد ..»

حكيم، سيد محسن طباطبايى، مستمسك العروة الوثقى، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسير، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

مستمسك العروة الوثقى؛ ج۱۲، ص: ۴۳۸

المقتضى للرجوع على كل منهما.

و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

(۳) يعنى: إذا رجع المالك على المضارب لم يرجع المضارب على العامل، و نحوه ما فى التذكرة، معللا له بأنه أخذه من المضارب على وجه الامانة انتهى. و كلامه هذا يخالف ما ذكره فى كتاب الغصب من

مستمسك العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۳۹

.....

رجوع الأول إلى الثانى إذا كان عالماً، قال رحمه اللّه: «ثمَّ الثانى إن كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكل ما يطالب به الغاصب، فان تلف المغصوب فى يده فاستقرار الضمان عليه فلو غرمه المالك لم يرجع إلى الغاصب الأول بشيء .. (إلى أن قال) و لو غرم الأول رجع عليه»، و فى القواعد هنا: «فان طالب الأول رجع على الثانى مع علمه، لاستقرار التلف فى يده، و كذا مع عدم علمه، على إشكال ينشأ من الغرور»، و هو يوافق كلامه فى كتاب الغصب فإنه ذكر ما ذكر فى التذكرة، قال: «لكن الثانى إن علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب و يستقر الضمان عليه إذا تلف عنده، و لا يرجع الى الأول لو رجع إليه، و يرجع الأول إليه لو رجع إلى الأول». نعم ما ذكره فى الجاهل من الاشكال من جهة الغرور يخالف ما ذكره فى القواعد فى كتاب الغصب، قال: «و لو جهل الثانى الغصب فان كان وضع يده يد ضمان- كالعارية المضمونة، و المقبوض بالسوم، و البيع الفاسد- فقرار الضمان على الثانى، و الا فعلى الأول» فإن مقتضى الثانى الجزم بعدم الرجوع و مقتضى الأول الميل إلى الرجوع، و فى جامع المقاصد هنا قال:

«لو ظهر استحقاق مال المضاربة و قد تلف فى يد العامل بغير تعد فقرار الضمان على الدافع، لأنه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه، لان ذلك حكم المضاربة، فيجب الوفاء به، و لا ريب أن الجاهل بالغصب أولى بعدم استقرار الضمان من المقدم على العدوان». و هذا منه يخالف كلامه فى كتاب الغصب، فإنه وافق القواعد من رجوع الأول إلى الثانى و عدم رجوع الثانى إلى الأول، لامتيازه عليه بوقوع التلف فى يده و مثل ذلك فى الاشكال دعوى مفتاح الكرامة نفى الخلاف من كل من تعرض له فيما ذكره مصنفه من رجوع المضارب

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۴٠

.....

على العامل إذا كان عالماً مع ما عرفت من التذكرة من عدم الرجوع معللا بما ذكر.

و كذا الإشكال فى تعليلاتهم، فان تعليل التذكرة عدم رجوع المضارب على العامل: بأن العامل أخذه على وجه الامانة، غير ظاهر، فان ذلك حكم من أخذ المال من مالكه بإذنه، لا من أخذ من غير المالك بغير إذن المالك عالماً بذلك، و لذلك قلنا بجواز رجوع المالك عليه و مثله تعليل جامع المقاصد بقوله: «لأنه دخل معه على أن التلف بغير تفريط يكون منه، لان ذلك حكم المضاربة فيجب الوفاء به». إذ فيه: أن الشرط المذكور لم يكن فى عقد لازم و لا جائز، و إنما كان فى المضاربة الفاسدة لعدم إذن المالك، فكيف يجب الوفاء به؟!.

و كذلك ما ذكر فى القواعد هنا من تعليل رجوع المضارب على العامل إذا كان عالماً بقوله: «لاستقرار التلف فى يده»، إذ لا يظهر الوجه فى اقتضاء ذلك للرجوع عليه، إذ الضمان لم يكن بالتلف، و إنما كان باليد، و الجميع فى ذلك سواء، فما وجه رجوع الأول إلى الثانى دون العكس فى مسألة تعاقب الأيدى العادية على العين؟! و قد ذكروا فى دفع الاشكال وجوهاً، كلها موضع نظر، و قد تعرضنا لذلك فى كتاب نهج الفقاهة فى بعض مباحث الفضولى، و ذكرنا فيه ما ذكره شيخنا الأعظم فى مكاسبه و شيخ المشايخ فى جواهره و غيرهما من وجوه دفع الاشكال.

و الأقرب فى دفعه أن ذلك من الأحكام العرفية التى أمضاها الشارع لعدم الردع عنها. لكن ثبوت ذلك عرفاً إذا لم يكن الثانى قد أخذ العين قهراً غير ظاهر. نعم لا يبعد ذلك فى خصوص ما إذا كان الثانى قد أخذها قهراً. فلاحظ و تأمل.

مستمسك العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۴١

كان جاهلا- أيضاً، لأنه مغرور من قبله (١). و إن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله (٢)، و للعامل أجرة المثل على المضارب (٣) مع جهله (۴). و الظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شىء له مع عدم حصوله (۵). كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له (۶)، لكونه متبرعاً بعمله (٧) حينئذ.

---

(١) يشير بذلك إلى قاعدة: «المغرور يرجع على من غره» التى هى مضمون النبوى المشهور. نقلًا، و عملًا فقد اشتهر نقله فى كتب الفقهاء رضى اللّه عنهم، و عملوا به فى باب رجوع المشترى من الفضولى فيما اغترمه للمالك إذا كان المشترى جاهلًا، و ان ذكروا فى وجه الحكم بالرجوع أموراً كثيرة كلها لا تخلو من إشكال، و العمدة هو النبوى المذكور «١».

اللهم إلا- أن يقال: لم يتضح اعتماد المشهور على الحديث بعد أن ذكروا تلك الأمور، فمن الجائز أن يكون اعتمادهم فى الحكم بالرجوع عليها لا عليه. و فيه: أن ذلك بعيد، إذ الأمور المذكورة لم تذكر فى كلام المشهور، و إنما ذكرت فى كلام بعضهم، فلا تكون مستنداً للمشهور.

(٢) و الا لم تصح، فلا ربح. كما أن المالك إذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه و بين العامل على حسب ما قرر فى المضاربة.

(۳) لأنه المستوفی لعمل العامل، فیکون علیه ضمانه.

(۴) قد تقدم فی المسألة الثانیة و الأربعین الإشکال فیه. و سیأتی أیضاً.

(۵) تقدم ذلک فی أواخر المسألة الثامنة و الأربعین.

(۶) کذا فی القواعد و التذکرة و غیرهما.

(۷) هذا غیر ظاهر، فإنه لم یقصد التبرع، و انما قصد الربح و لو تشریعاً، فیکون المضارب قد استوفی عمله، فعلیه ضمانه، إلا إذا کان

---

(۱) تقدم التعرض له فی الجزء العاشر صفحة: ۱۴۴ من هذه الطبعة.

[السابعة: یجوز اشتراط المضاربة فی ضمن عقد لازم]

السابعة: یجوز اشتراط المضاربة فی ضـمن عقد لازم، فیجب علی المشـروط علیه إیقاع عقدها (۱) مع الشارط (۲) و لکن لکل منهما فسـخه بعـده. و الظاهر أنه یجوز اشتراط عمل المضاربـة علی العامل، بأن یشترط علیه أن یتجر بمقدار کذا من ماله إلی زمان کذا علی أن یکون الربح بینهما، نظیر شرط کونه وکیلا فی کذا (۳) فی عقد لازم، و حینئذ لا یجوز للمشروط علیه فسخها، کما فی الوکالة.

العمل محرماً. لکن العمل فی المقام هو البیع و الشـراء، وهما تصـرفان اعتباریان لا خارجیان، فلا یکونان محرمین، فیکونان مضمونین، کما فی صورة الجهل بعینها.

(۱) لأن الشرط المذکور أخذ بنحو شرط الفعل، و هو إیقاع المضاربة فیجب علی المشروط علیه إیقاعها، عملا بالشرط.

(۲) هذا إذا کان الشرط المضاربة مع الشارط، فاذا کان الشرط المضاربة مع غیره فلا بد من إیقاعها معه.

(۳) الذی هو نظیر شـرط الوکالة هو شـرط المضاربة لا شـرط عمل المضاربة، فإن شـرط الوکالة من قبیل شرط النتیجة، و شرط العمل من قبیل شـرط الفعل، وهما متغایران. و الثانی لا إشکال فی صحته إذا لم یخالف الکتاب و السنة. و الأول فی صحته إشکال من وجوه (الأول):

أن الشـرط فی ضـمن العقد مملوک للمشـروط له علی المشـروط علیه، و لهذا صح للمشـروط له المطالبة بالشـرط. و هذا لا یتأتی فی النتائـج، من جهـة أنها لا تقبل إضافـة المملوکیـة (و الثانی): أن مفاد الشـرط حینئذ ملک المشروط له الوکالة مثلا، و ملک الوکالة لا یقتضی وقوع الوکالة الذی هو مقصود المشترط، فیکون خلفاً. (الثالث): أن بعض النتائج لا تقبل

.....

الإنشاء التبعی، فلا یصـح أن یبیعه فرساً بدینار بشـرط أن تکون بنته زوجة له، لأن الزوجیة لا تقبل الإنشاء التبعی. و کذا لو باعه بشـرط أن تکون زوجته مطلقـة، لأن الطلاق لا یقبـل الإنشاء التبعی .. و هکـذا فصـحة شـرط المضاربـة یتوقف علی کونها مما تقبل الإنشاء التبعی، و هو غیر واضح و یدفع الإشـکالین الأولین: أن ملک المشـروط له للشـرط یختص بشـرط الفعل، و لا یکون فی شـرط النتیجة. نعم لا بد فی شـرط النتیجة من کون المشروط محبوبا للمشروط له و ان لم یکن مملوکاً له، فشرط النتیجة مجرد إنشاء فی ضمن إنشاء علی أن یکون قیداً له من دون قصد تملیکه للمشروط له.

نعم یبقى الاشکال الثالث، و توضیحه: أن شرط النتیجة فی ضمن العقد راجع إلى تقیید المنشإ بالنتیجة، فإذا قلت: بعتک الدار على أن یکون ثمنها بیدک مضاربة، فقد قیدت البیع المنشأ بقید، و هو المضاربة بثمنه، و بهذا التقیید کنت قد أنشأت المضاربة، لکونها مأخوذة قیداً للمنشإ، لأن إنشاء المقید إنشاء لقیده، فهذا النحو من الإنشاء ربما یترتب علیه الأثر، فیحصل المنشأ، کما فی شرط الوکالة فی ضمن البیع، فیما لو قال: بعتک داری على أن أکون وکیلا على إجارتها، و مثل شرط الملکیة مثل. بعتک داری بألف دینار بشرط أن یکون لی علیک من من السکر أو مثل جمیع شرائط الفعل، لما عرفت من رجوع الشرط فیها إلى شرط ملکیة الفعل للمشروط له، و ربما لا یترتب علیه الأثر، مثل شرط التزویج و الطلاق، و المائز بین القسمین المرتکزات العرفیة، و مع الشک یبنى على عدم ترتب الأثر، للشک فی القابلیة، و إطلاقات الصحة لا تثبت القابلیة.

و لا یبعد فی المرتکزات العرفیة أن تکون المضاربة من النتائج التی

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۴۴

.....

یصح إنشاؤها بجعلها قیداً للمنشإ، و مثلها جمیع العقود الإذنیة، کالعاریة و الودیعة و الوکالة، و کذلک الرهن، فاذا قال: بعتک داری بثمن إلى شهر بشرط أن تکون رهناً على ثمنها، صح البیع و صح الرهن، و لیس کذلک البیع و الإجارة و الوقف و النکاح و الطلاق. و قد عرفت أنه مع الشک فی المرتکزات العرفیة یرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

و الذی یتحصل مما ذکرنا أمور (الأول): أن شرط الفعل مفاده تملیک المشروط له على المشروط علیه الفعل. (الثانی): أن هذا لا یمکن فی شرط النتیجة، للاشکالین السابقین. (الثالث): أن شرط النتیجة إنشاء للنتیجة کسائر الإنشاءات للعناوین الإنشائیة، و یختلف عنها بأنه إنشاء تبعی، بخلاف سائر الإنشاءات فإنه أصلی. (الرابع): أن النتائج فی مرتکزات العرف على ثلاثة أقسام، منها ما یقبل الإنشاء التبعی، و منها ما لا یقبله، و منها ما هو مشکوک. و الأول یصح أخذه شرطاً و یترتب علیه الأثر، و الأخیران لا یصح ذلک فیهما.

ثمَّ إنه لا- إشکال فی أنه یجوز الجمع بین عنوانین بعقد واحد، فیقول بعتک هذه الجاریة و زوجتک أختها بألف دینار، فاذا قال المخاطب: قبلت صح البیع و النکاح، و لیس أحدهما شرطاً فی الآخر، لأن الشرط یجب أن یکون قیداً للمشروط به کما عرفت، و هنا لم یؤخذ أحدهما قیداً للآخر و لا مقیداً به، بل الأمران مقترنان فی عرض واحد بلا تقیید و لا تقید.

و لذلک لا خلاف بینهم فی صحة الجمع من دون شبهة أو إشکال، و قد تقدم فی مبحث ضمان العین المستأجرة ما له نفع فی المقام، فلیراجع.

هذا و لا یبعد أن یکون غرض المصنف من قوله: «عمل المضاربة» نفس المضاربة بقرینة تنظیر ذلک بشرط الوکالة و بقرینة قوله بعد ذلک:

«فلا یجوز له فسخها». و إنما لم یجز فسخها لان التوقیت إلى زمان معین

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۴۵

[الثامنة: یجوز إیقاع المضاربة بعنوان الجعالة]

الثامنة: یجوز إیقاع المضاربة بعنوان الجعالة (۱)، کأن یقول: إذا اتجرت بهذا المال و حصل ربح فلک نصفه، فیکون جعالة تفید فائدة المضاربة. و لا یلزم أن یکون جامعاً لشروط المضاربة (۲)، فیجوز مع کون رأس المال من غیر النقدین أو دیناً أو مجهولا جهالة لا

توجب الغرر (۳). و کذا فی المضاربة المشروطة فی ضمن عقد بنحو شرط النتیجة (۴)، فیجوز مع کون رأس المال من غیر النقدین.

یقتضی اشتراط عدم فسخها مضافاً إلی اشتراط وجودها، و حینئذ یکون فسخها قبل الغایة مخالفة للشرط، فلا یکون تحت قدرة المشروط علیه.

(۱) قد تقدم فی المسألة الثامنة و الأربعین الفرق بین الجعالة و المضاربة و أن الاولی من الإیقاعات و الثانیة من العقود. ثمَّ إنه قد أشرنا فی بعض المباحث السابقة إلی أن المضاربة مخالفة لقاعدة کون الربح لصاحب الأصل التی هی مقتضی المعاملة، و لکن بنی علیها للدلیل الخاص. و هذا الدلیل لم یکن فی الجعالة، و علیه فلا تصح فی المقام، لمخالفتها لقاعدة لزوم رجوع الربح الی المالک. فلاحظ ما ذکرناه فی الشرط الأول من شروط المضاربة و غیره. نعم إذا قال له: اتجر بهذا المال فاذا ربحت أعطیتک حصة من الربح، صح جعالة، لعدم مخالفة القاعدة فی ذلک.

(۲) لأنه لیس مضاربة. نعم یلزم أن یکون بشروط الجعالة، مثل أن یکون له جعل علی العمل علی کل حال، و لا یعتبر ذلک فی المضاربة، فلو قال: من رد عبدی فله نصف ما فی جیبه من المال إن کان، لم یصح جعالة.

(۳) قد تقدم الإشکال فی اعتبار عدم الغرر. فراجع.

(۴) هذا غیر ظاهر، إذ المضاربة مفهوم واحد، و لا فرق بین

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۴۶

[التاسعة: یجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولی علیه]

التاسعة: یجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولی علیه بنحو المضاربة بإیقاع عقدها (۱). بل مع عدمه أیضاً (۲)، بأن یکون بمجرد الاذن منهما (۳). و کذا یجوز لهما المضاربة بماله مع الغیر (۴) علی أن یکون الربح مشترکاً بینه و بین العامل. و کذا یجوز ذلک للوصی فی مال الصغیر مع ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من هلاک المال (۵).

[العاشرة: یجوز للأب و الجد الإیصاء بالمضاربة بمال المولی علیه]

العاشرة: یجوز للأب و الجد الإیصاء بالمضاربة بمال المولی علیه بإیقاع الوصی عقدها (۶) لنفسه أو لغیره مع تعیین

جعله بالأصالة و بالتبعیة، و کل ما یعتبر فی الأول یعتبر فی الثانی، فلو شرط فی حال فقد الشرائط کان الشرط مخالفاً للکتاب، فیکون باطلًا.

(۱) یعنی: مع نفسه بحسب الولایة علیه. لکن فی القواعد فی کتاب الحجر: الإشکال فی صحة إیقاع العقد مع نفسه، و عن التحریر: المنع عنه. و هو- کما تری- غیر ظاهر، إلا بدعوی اعتبار تعدد الموجب و القابل فی صحة العقد. و هو ممنوع. أو نقول بعدم الحاجة الی القبول فیترتب الأثر بمجرد الإیقاع، کما أشرنا الی ذلک فی مباحث نکاح العبید.

(۲) یعنی: مع عدم العقد، و حینئذ لا یکون مضاربة.

(۳) الاذن فی الفرض ضروریة مع الالتفات منهما.

(۴) و کذا بمجرد الاذن بدون عقد مضاربة، نظیر ما سبق، إذ لا فرق بینهما

(۵) لقوله تعالی (وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ)* «۱»

(۶) یعنی: تکون الوصیة بإیقاع الوصی عقدها.

---

(۱) الانعام: ۱۵۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۴۷

الحصة من الربح، أو إیکاله إلیه و کذا یجوز لهما الإیصاء بالمضاربة (۱) فی حصة القصیر من ترکتهما بأحد الوجهین. کما أنه یجوز ذلک لکل منهما بالنسبة إلی الثلث المعزول لنفسه (۲) بأن یتجر الوصی به أو یدفعه إلی غیره مضاربة و یصرف حصة المیت فی المصارف المعینة للثلث. بل و کذا یجوز الإیصاء منهما بالنسبة إلی حصة الکبار أیضاً (۳).

---

(۱) الفرق بین هذا و ما قبله: أن ما قبله کان بالنظر إلی مال المولی علیه المملوک حال الوصیة، و هذا بالنظر إلی الحصة التی یملکها بعد موت الموصی. و فی بعض الحواشی الإشکال فیه. و لعله لعدم ولایتهما علی المال المذکور حال الوصیة لعدم الملک. و یشکل: بأنه لا یعتبر فی ولایة الولی وجود المال فعلًا، بل یکفی وجوده بعد ذلک و لو بهبة أو کونه نماء ملک موجود أو متجدد. اللهم الا أن یقال: إنه لا إطلاق فی دلیل ولایة الأب یشمل المال الذی یملکه بفقده إلا أن یستفاد ذلک من الخبر الآتی.

(۲) لإطلاق أدلة نفوذ الوصیة.

(۳) قال فی الشرائع: «و لو أوصی الی إنسان بالمضاربة بترکته أو بعضها علی أن الربح بینه و بین ورثته نصفان صح. و ربما اشترط کونه قدر الثلث أو أقل. و الأول مروی» و فی المسالک: «المصنف و أکثر الجماعة أطلقوا الصحة فی الورثة الشامل المکلفین، و یشمل إطلاقهم و إطلاق الروایتین ما إذا کان الربح بقدر أجرة المثل، و ما إذا کان زائداً علیها بقدر الثلث و أکثر»، و عن الکفایة: أن المشهور لم یعتبروا کون الأولاد صغاراً، و نحو ذلک کلام غیرهما. و ظاهر الشرائع: أن المستند فیه الروایة و الروایة ستأتی، «۱» و هی مختصة بالصغار، و لا تشمل الکبار. و ظاهر

---

(۱) فی صفحة: ۴۵۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۴۸

.....

المصنف و غیره: أن المستند فیه عموم أدلة نفوذ الوصیة، إذ الخارج منه ما کان مفوتاً للمال علی الورثة، و لیس منه المقام، کما سیبینه. لکن تقدم ما فی الشرائع ما یشیر إلی القول بالمنع من الوصیة بذلک فی مال الصغار و الکبار، و تختص الصحة بما کان قدر الثلث، و نسبه فی المسالک إلی ابن إدریس. لکن عبارته ظاهرة فی المنع من الوصیة بالمضاربة مطلقاً حتی فی قدر الثلث، لأن الوصیة لا تنفذ إلا فی ثلث ما کان یملکه المیت قبل موته، و الربح متجدد بعد موته، فکیف تنفذ وصیته و قوله فیه؟! انتهی.

و ما هو ظاهر عبارته واضح الاشکال، لعموم نفوذ الوصیة حتی فی نماء المال المتجدد و لو کان من قبیل الربح. مع أن التصرف من الموصی إنما هو فی نفس الترکة التی هی له، لا فی مال لا یملکه، فان الاتجار بها هو مورد الوصیة، و النماء لا یعتبر أن یکون مملوکاً لا حال المضاربة و لا الوصیة بإیقاع عندها.

فالعمدة فی وجه الإشکال فی صحة الوصیة بالنسبة إلی حصة الکبار: أنه خلاف قاعدة السلطنة فی حقهم، قال فی القواعد: «و لو أوصی لکل وارث بقدر نصیبه فهو لغو. و لو خصص کل واحد بعین هی قدر نصیبه فالأقرب الافتقار إلی الإجازة، لظهور الغرض فی

أعيان الأموال. و كذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد بثمن المثل» و ظاهره المنع من صحة التصرف فى التركة و إن لم يكن موجباً لنقص القيمة إلا إذا أجاز الوارث، و قال بعد ذلك بقليل:

«و لو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففى اشتراط الإجازة إشكال»، و كأنه عدل عن الجزم بالمنع إلى الإشكال فيه. و فى جامع المقاصد: «لا ريب فى أن الأقوى الصحة» و حكى ذلك عن التذكرة. و هو كما ذكر، فان عموم ما دل على نفوذ الوصية شامل لكل تصرف من الموصى، و الخارج عنه

و لا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل ما لهم إلى مدة (١) لأنه منجبر بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربة و إجازتها (٢).

ما كان زائداً على الثلث. و الظاهر منه الزائد من حيث القيمة، و ليس منه تخصيص كل واحد من الورثة بعين هى قدر نصيبه، و مثله الوصية ببيع التركة بثمن المثل على واحد من ورثته أو من غيرهم. و تعيين ثلثة فى عين من أعيان التركة .. الى غير ذلك مما لا يعد حيفاً على الوارث و ضرراً عليه.

و الذى تحصل أمران (الأول): أن الاحتمالات فى المسألة ثلاثة:

جواز الوصية بالمضاربة كما هو المشهور، و الجواز فى الثلث فقط كما أشار إليه فى الشرائع، و المنع مطلقاً كما هو ظاهر عبارة السرائر. (الثانى) أن وجه الأول القواعد العامة، لا الرواية- كما قد يظهر من المحقق- و وجه الثانى قاعدة السلطنة، و وجه الثالث ما ذكر فى السرائر. و قد عرفت ضعف الأخير. و عموم صحة الوصية مقدم على قاعدة السلطنة.

(١) هذا التعطيل ربما لا يكون ضرراً بل مصلحة للوارث، كما إذا كان لا يتمكن من الاتجار بماله بنفسه و لا يعرف القادر على التجارة و كانت المدة قليلة، و ربما تكون ضرراً عرفاً، كما إذا كانت المدة طويلة و كان عارفاً بالتجارة أو عارفاً بالعمال الذين يتجرون، فان حبس المال عنهم حيف و جور عليهم.

(٢) إذا كانت الوصية إضراراً بالورثة فهى باطلة بلا حاجة الى الفسخ، لا أنها صحيحة و يكون للوارث الفسخ. و ان شئت قلت: الوصية بالمضاربة (تارة): تكون بمجرد إيقاع العقد على أحد الوجهين، فهذا لا ضرر فيه على الوارث (و أخرى): تكون بإيقاع العقد المشفوع بالعمل فهذه (تارة): تكون بلا إضرار، لقصر المدة مثلًا (و أخرى):

تكون ذات إضرار، لطول المدة مثلا. و الأولتان صحيحتان، و الأخيرة

كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ فى القصير (١)، فان له أن يفسخ أو يجيز. و كذا يجوز لهما الإيصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصى به (٢) لا إيقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل. و أما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد (٣)

صحيحة إلى أن يحصل الضرر فتبطل، و لا دخل للفسخ و عدمه فى الصحة و البطلان، إذ الفسخ فى الأولى غير مناف للوصية، و فى الثانية مناف لها فلا يجوز لصحتها، و فى الثالثة يجوز لبطلانها، لا أنه جابر لضررها.

لكن الظاهر من الوصية بالمضاربة إحدى الصورتين الأخيرتين، أعنى إيقاع العقد مع العمل طالت المدة أو قصرت، لا مجرد إيقاع العقد، و حينئذ فهى صحيحة إذا لم تكن مضرة، و لا يجوز الفسخ للوارث، و باطلة إذا كانت مضرة و يجوز له الفسخ. و إذا فرض أنها غير مضرة فى أوائل المدة و مضرة فى أواخرها صحت فى الأوائل و لا يجوز الفسخ، و بطلت فى الأواخر و جاز الفسخ.

(١) الكلام فيه كما هو الكلام فى الكبير، فان لم تكن الوصية بالمضاربة فى حصته مضرة فهى صحيحة، و إن كانت مضرة فهى باطلة،

و إذا كانت فى أوائل المدة غير مضرة فهى صحيحة و لا يجوز فسخها حتى بعد البلوغ، و إن كانت فى أواخرها مضرة بطلت حتى قبل البلوغ، لا أنها تكون صحيحة و يكون الخيار فى الفسخ جابراً لضررها.

(۲) يعنى: تكون الوصية إنشاء للمضاربة بعد الموت نظير الوصية التمليكية التى هى إنشاء للتمليك بعد الموت.

(۳) إن صح هذا الإنشاء فلا فرق بين ما يكون بعد البلوغ و ما يكون قبله فان كانت الوصية مضرة بمال القصير فهى باطلة و إن كانت بالإضافة

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۵۱

و دعوى: عدم صحة هذا النحو من الإيصاء، لأن الصغير لا مال له حينه (۱) و إنما ينتقل إليه بعد الموت، و لا دليل على صحة الوصية العقدية فى غير التمليك، فلا يصح أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت. مدفوعة بالمنع (۲).

إلى ما قبل البلوغ، و إن كانت غير مضرة فهى صحيحة حتى فيما بعد البلوغ، و لا تحتاج إلى الإجازة، لما عرفت من عموم نفوذ الوصية إذا لم تكن مضرة لما بعد البلوغ و ما قبله. كما لا فرق فى العموم بين الوصية بإيقاع العقد و الوصية بنفس المضاربة.

(۱) هذا لا دخل له فى الاشكال، فإنه يتوجه و إن كان للصبى مال فى حياة والده، إذ وجه الاشكال بطلان تعليق المنشأ على الموت فى غير الوصية التمليكية و العهدية، فلا يصح للمالك أن يوصى بالوقف، فيقول:

هذا وقف بعد مماتى، أو يوصى بالبيع بأن يقول: بعتك هذا بعد مماتى أو يوصى بالإبراء، فيقول: أنت برئ عما لى عليك بعد وفاتى .. و هكذا لأن التعليق فى المنشأ باطل و ان كان المعلق عليه الموت، الا فى الموردين المذكورين، فلا تصح الوصية بالمضاربة بمال اليتيم معلقاً على الموت و إن كان المال ملكاً له فى حياة الموصى.

نعم كون اليتيم لا مال له الا بعد وفاة الموصى يكون منشأ للإشكال فى الوصية بالمضاربة بنحو النتيجة زائداً على الاشكال المتقدم، لما تقدم فى أول المضاربة من اعتبار وجود المال و كونه خارجياً، فلا تصح المضاربة على مال سيملكه، كما لا تصح على مال هو دين فى ذمة غيره. فيكون فى إنشاء المضاربة فى المقام إشكالان: إشكال التعليق على الموت، و إشكال عدم المال الخارجى، لا اشكال واحد معلل بالآخر، كما يظهر من العبارة.

(۲) قد عرفت أنه لا مجال للمنع، بل لو فرض التوقف فى مانعية

مستمسک العروة الوثقى، ج۱۲، ص: ۴۵۲

مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل فى قضية ابن أبى ليلى

---

(۱) و موثق محمد بن مسلم

(۲) المذكورين فى باب الوصية. و أما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو

التعليق فى العقود فلا توقف فى مانعية التعليق على الموت فيها، و قد حصر الأصحاب الوصية الصحيحة فى التمليكية و العهدية، لا غير. و كذلك اعتبار وجود المال حال المضاربة، فإنه لا مجال لمنعه فكل من الإشكالين لا مجال لمنعه.

(۱)

رواه المشايخ الثلاثة- رضى اللّه عنهم- عن محمد بن أبى عمير عن عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكر الطويل قال: «دعانى أبى حين حضرته الوفاة فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح، و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان. فقدمتنى أم ولد أبى بعد وفاة أبى الى ابن أبى ليلى. فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقتصصت عليه ما أمرنى به أبى، فقال لى ابن أبى ليلى: إن كان أبوک أمرک بالباطل لم أجزه. ثمَّ اشهد على ابن أبى ليلى: إن أنا حركته فانا له ضامن. فدخلت على

أبی عبد اللّه (ع) فقصصت علیه قصتی ثمَّ قلت له: ما تری؟! فقال: أما قول ابن أبی لیلی فلا أستطیع رده، و أما فیما بینک و بین اللّه عز و جل فلیس علیک ضمان» «۱»

(۲)

رواه المشایخ الثلاثة رضی اللّه عنهم- عن محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (ع): «أنه سئل عن رجل أوصی إلی رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصیة أن یعمل بالمال و أن یکون الربح بینه و بینهم فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فی ذلک و هو حی» «۲».

و سماه- کغیره- موثقاً، لوجود ابن فضال فی سنده.

(۱) الوسائل باب: ۹۲ من أبواب کتاب الوصایا حدیث: ۲.

(۲) الوسائل باب: ۹۲ من کتاب الوصایا حدیث: ۱

لوجوب العمل بالوصیة- و هو الاتجار- فیکون ضررا علیهم (۱) من حیث تعطیل حقهم من الإرث و إن کان لهم حصتهم من

هذا و لا یبعد وحدة الواقعة المحکیة بالخبرین، و لا یظهر منهما أنه من المضاربة، و لا من الإنشاء للمضاربة حال الحیاة، بل ما تحت العبارة هو الأمر بالعمل و الاذن به علی أن للعامل نصف الربح، و من الجائز أن تکون معاملة خاصة بینه و بین وصیه فی حال الحیاة و إن کان موضوعها بعد الوفاة، تشبه المضاربة من جهة و الجعالة من جهة أخری. أو هی وصیة عهدیة بالولایة علی مال الصغیر- کما فی الروایة الأولی- أو علیه و علی ماله- کما فی الثانیة- و لا دخل لهما فیما نحن فیه.

(۱) لم یتضح الفرق بین هذه المسألة و ما تقدم، فقد ذکر هناک أن الضرر منجبر بکون الاختیار لهم فی الفسخ، فلم لا یکون الضرر المذکور هنا أیضاً منجبر بکون الاختیار لهم فی الفسخ؟! و قد عرفت فیما سبق أن الضرر الحاصل من الوصیة موجب لبطلانها، و لا ینجبر بالاختیار فی الفسخ و الإجازة، فهی تصح مع عدم الضرر للعموم، و تبطل معه لقوله تعالی:

(فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَیْنَهُمْ فَلٰا إِثْمَ عَلَیْهِ) «۱».

فان قلت: لا مجال لفسخ الوارث هنا، لأن الفسخ إنما یشرع للعامل و المالک، و الوارث هنا لیس واحداً منهما، لأن المضاربة کانت بین الموصی و العامل، و قد مات الأول فلیس للوارث الفسخ حتی ینجبر الضرر به. و بذلک افترقت هذه المسألة عن سابقتها، فإن المضاربة فی سابقتها بین الوارث و العامل.

قلت: المفروض فی المسألة السابقة وقوع المضاربة بین الوصی و العامل و الوارث إن تولی العقد فهو من باب کونه الوصی، لا من باب کونه الوارث، و الوصی یتصرف بالنیابة عن المیت، و الوارث أجنبی عنه، فإذا

(۱) البقرة: ۱۸۲

الربح، خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف (۱).

[الحادیة عشرة: إذا تلف المال فی ید العامل بعد موت المالک]

الحادیة عشرة: إذا تلف المال فی ید العامل بعد موت المالک من غیر تقصیر فالظاهر عدم ضمانه (٢)، و کذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (٣).

[الثانیة عشرة: إذا کان رأس المال مشترکا بین اثنین فضاربا واحداً]

الثانیة عشرة: إذا کان رأس المال مشترکا بین اثنین فضاربا واحداً ثمَّ فسخ أحد الشریکین (۴) هل تبقى بالنسبة

لم یکن له الفسخ فی المسألة الأخیرة لم یکن له الفسخ فی سابقتها. مضافاً إلى أن الفسخ إنما هو للمالک و العامل لا للموجب و القابل، و الوارث هو المالک. و إلا أشکل الأمر فی فسخ الصغیر بعد البلوغ لأن تصرف الوصی من باب الوصیة کما فی الکبیر، و حینئذ یکون الصغیر أجنبیاً عن الطرفین، لا من باب الولایة على الطفل. فتأمل.

(١) فی جامع المقاصد دفع هذا الاشکال بما حاصله: أن المضاربة إن صحت کانت حصة العامل من الربح له من دون أن تخرج من ملک مالک المال، و إن بطلت فلا ربح أصلا لا أنه یکون الربح للمالک، و فی کلتا الحالتین لم یخرج من مال المالک شیء إلى العامل حتى تکون المضاربة بالأقل من المتعارف ضرر على المالک بتوسط الوصیة. و دفعه فی المسالک بما حاصله:

أنه یمکن أن تصح المعاملة بإجازة المالک و تبطل المضاربة، فیکون تمام الربح للمالک، فتصحیح المضاربة إضرار بالمالک. فراجع.

(٢) لأنه أمین المالک بالمضاربة، و لا یخرج عن حکم الامانة ببطلان المضاربة بموت المالک، للأصل.

(٣) لعین ما تقدم.

(۴) قد عرفت فی المسألة السابعة و الأربعین جواز الفسخ فی البعض عقلا و عرفاً و شرعاً

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۵۵

إلى حصة الأخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان أقربهما الانفساخ (١). نعم لو کان مال کل منهما متمیزاً و کان العقد واحدا لا یبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الأخر.

[الثالثة عشرة: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترک التجارة به إلى سنة مثلا]

الثالثة عشرة: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترک التجارة به إلى سنة مثلا، فان تلف ضمن (٢)، و لا یستحق المالک علیه غیر أصل المال (٣)، و ان کان آثما فی تعطیل مال الغیر.

[الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالک عدم کون الربح جابراً للخسران مطلقا]

الرابعة عشرة: إذا اشترط العامل على المالک عدم کون الربح جابراً للخسران مطلقا فکل ربح حصل یکون بینهما، و إن حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا یکون الربح اللاحق جابرا للخسران السابق أو بالعکس، فالظاهر الصحة. و ربما یستشکل بأنه خلاف وضع المضاربة. و هو کما ترى (۴).

---

(١) لأنها مضاربة واحدة، فلا تتبعض بالفسخ. لکن تقدم فی المسألة السابعة و الأربعین جواز التبعیض فی المال الواحد لشخص واحد،

فأولى منه التبعيض بالنسبة لشخصين، كما هو ظاهر.

(٢) للخيانة بحبس المال و عدم الاتجار به، و هو غير مأذون فيه.

(٣) إذ لا موجب له، و الأصل البراءة، و إن كان آثماً في حبسه بغير إذن مالكه.

(۴) هذا غير ظاهر، فان منصرف

قوله (ع): «الربح بينهما و الوضيعة على المال» «١»

غير ما ذكر. فتصحيحه لا بد أن يكون

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب المضاربة حديث: ۵

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۵۶

[الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالک فيما عينه]

الخامسة عشرة: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسياناً أو اشتباهاً- كما لو قال: لا تشترى الجنس الفلانى، أو من الشخص الفلانى مثلا، فاشتراه جهلا- فالشراء فضولى موقوف على إجازة المالك (١). و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهى عنه (٢). و لعل منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك. و كذا الحال إذا كان مخطئاً فى طريقة التجارة (٣)، بأن اشترى ما لا مصلحة فى شرائه عند أرباب المعاملة فى ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

[السادسة عشرة: إذا تعدد العامل]

السادسة عشرة: إذا تعدد العامل (۴) كأن ضارب اثنين بمائة مثلا بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلا- فاما أن يميز حصة كل منهما (۵) من رأس المال، كأن يقول:

بالعمومات الدالة على صحة العقود. لكنها لا تقتضى جريان أحكام المضاربة عليها، كما تقدم فى نظائر المقام.

(١) لعدم إذن المالك.

(٢) يكفى عدم الإذن.

(٣) فإن ذلك خارج عن منصرف الاذن، فيكون فضولياً.

(۴) قد تعرض لذلك الجماعة فى كتبهم، قال فى الشرائع: «و لو قال لاثنين: لكما نصف الربح، صح و كانا فيه سواء، و لو فضل أحدهما صح أيضاً و إن كان عملهما سواء» و فى القواعد: «و لو كان العامل اثنين فساواهما فى الربح صح و إن اختلفا فى العمل».

(۵) هذه الصورة خارجة عن كلام الجماعة.

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۵٧

على أن يكون لكل منه نصفه، و إما لا يميز، فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما فى الربح و الخسران و الجبر، إلا مع الشرط (١)، لأنه بمنزلة تعدد العقد. و على الثانى يشتركان فيها (٢) و إن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه، إلا أن يشترطا عدم الاشتراك فيها،

فلو عمل أحدهما و ربح و عمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتركان فى ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر. بل لو عمل أحدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد فى العمل، فانفسخت المضاربة، يكون الآخر شريكاً (٣) و إن لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك فى المعاملة و لا يعد هذا من شركة الأعمال، كما قد يقال (۴)، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة، فهو داخل فى عنوان المضاربة (۵) لا الشركة، كما أن النظير داخل فى عنوان الإجارة.

[السابعة عشرة: إذا أذن المالک للعامل فى البيع و الشراء نسيئة]

السابعة عشرة: إذا أذن المالک للعامل فى البيع و الشراء نسيئة، فاشترى نسيئة و باع كذلک، فهلک المال، فالدين فى

---

(١) لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة، لما تقدم فى الشرط الخامس من شروط المضاربة. فراجع.

(٢) لان ذلک من لوازم وحدة المضاربة عرفاً، كما هو المفروض.

(٣) كما قواه فى الجواهر بعد أن ذكر أنه لم يعثر على محرر لذلک.

(۴) لم يعرف القول لأحد بذلک، و انما حكى عن مالک أنه اشترط التسوية فى الربح مع التسوية فى العمل، قياساً على شركة الأبدان. و فى المسالک: أن الأصل و الفرع عندنا باطلان.

(۵) لكنها قائمة بعاملين. و كذا الحكم فى الإجارة، إذ إنها إجارة

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۵٨

ذمة المالک. و للديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلک الرجوع على كل منهما، فان رجع على العامل و أخذ منه رجع هو على المالک (١). و دعوى: أنه مع العلم من الأول ليس له الرجوع على العامل (٢)، لعلمه بعدم اشتغال ذمته. مدفوعة: بأن مقتضى

قائمة بأجيرين و ليستا من شراكة الأبدان فى شيء. و عرفت أنه ليس مورداً للتوهم. كما أنه تقدم بعض الكلام فى هذه المسألة فى المسألة السابعة و العشرين.

(١) قال فى الجواهر: «و يكون دخول الوكيل فى هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن فى الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن لأنه توكل بإذنه فى الشراء و ذلک يتضمن تسليم الثمن و كان الاذن فى الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه». و هو كما ذكر.

(٢) قال فى الشرائع: «إذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل، و إن شاء طالب الموكل. و الوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة و اختصاص الوكيل مع الجهل بذلک». و قال فى الشرائع بعد ذلک: «و لو ظهر فى المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه. و لو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه» و نحوه فى المسألة الثانية ما فى القواعد، و القول الأول فيها منسوب الى المبسوط، و ما قربه فى القواعد و جعله فى الشرائع أشبه جعله فى الإيضاح الأصح، و كذا فى غيره. و فى المسالک: «قول الشيخ ضعيف كدليله».

و وجهه: أن وصول الثمن إليه أو الى الموكل لا يرتبط بوجوب أداء المال إلى مالكه، و الوكيل قد انعزل عن الوكالة بالبيع، فلا وجه للرد إليه إلا- أن يكون وكيلا أيضاً فى أخذ المبيع إذا رده إليه المشترى، و حينئذ يجوز الرد اليه و إلى الموكل، و لا وجه لاختصاص الوكيل به،

مستمسک العروة الوثقى، ج١٢، ص: ۴۵٩

.....

فیجوز الرد إلی کل منهما. و أما استرداد الثمن فیجوز الرجوع فیه إلی الموکل إذا اعترف بوصول الثمن إلیه أو الی الوکیل، و إذا أنکر الموکـل وصول الثمن إلی أحـدهما جـاز له الامتناع من دفعه الی المشتری، و لا وجه لرجوع المشتری علی الوکیل، لعـدم کونه وکیلا فی رد الثمن، سواء اعترف الموکل بوصول الثمن أم لا. هذا ما تقتضیه القواعد الأولیة فی حکم المسألة الثانیة.

أما ما تقتضـیه القواعـد فی حکم المسألـة الأولی فهو ما ذکر المحقق من أن الموکل هو الذی یسـتحق علیه الثمن، فیکون هو المطالب به.

و القول الأول محکی عن المبسوط أیضاً. و وجهه غیر ظاهر إلا ما ذکره فی الجواهر، من أن ذلک من أحکام ولی العقد، یرید بذلک أن من الأحکام العرفیـة جواز الرجوع إلی ولی العقـد فی ما یقتضـیه العقد من دفع الثمن حتی مع العلم بالوکالة، و لم یثبت الردع عنه، فـدل ذلک علی إمضائه شـرعاً و هو کما ذکر، و منه یظهر الوجه فی جواز الرد علی الوکیل فی المسألة الأولی و ان لم یکن وکیلا فی أخذ المبیع إذا رده إلیه المشتری، فان ذلک من الأحکام العرفیة. و مثله جواز مطالبته بما دفعه الیه من الثمن و ان کان الوکیل قد أخذه و دفعه الی الموکـل، فان ذلک أیضاً من الأحکام العرفیـة التی أمضاها الشارع المقـدس، فیجب الأخـذ بها. و لا فرق فی ذلک بین أن یکون الثمن عیناً خارجیة أو ذمیة.

و مـا ذکره الجماعـة من أنه فی الأـول یرجع المشـتری إلی خصوص من کـانت فی یـده غیر ظـاهر من العرف، بـل بنـاؤهم علی جواز الرجوع إلی کل من الوکیل و الموکل. أما الوکیل فلأنه المتولی للعقد، فیکون متولیا لمقتضاه من دفع الثمن و إن کان فی ید الموکل. و أما الموکل فلانه الذی دخل المثمن فی کیسه، فیکون مطالبا ببدله و ان کان بید وکیله.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۶۰

المعاملة ذلک، خصوصاً فی المضاربة (۱)، و سیما إذا علم أنه عامل یشتری للغیر و لکن لم یعرف ذلک الغیر (۲) أنه من هو و من أی بلد. و لو لم یتبین للدیان أن الشراء للغیر یتعین له الرجوع علی العامل فی الظاهر و یرجع هو علی المالک.

[الثامنة عشرة: یکره المضاربة مع الذمی]

الثامنة عشرة: یکره المضاربة مع الذمی، خصوصاً إذا کان هو العامل.

لقوله (ع): «لا ینبغی للرجل المسلم أن یشارک الذمی، و لا یبضعه بضاعة، و لا یودعه ودیعة، و لا یصافیه المودة» (۳).

و

قوله (ع): «إن أمیر المؤمنین (ع) کرّه مشارکة الیهودی و النصرانی و المجوسی، إلا أن تکون تجارة حاضرة لا یغیب عنها المسلم» (۴).

و یمکن أن یستفاد

و من ذلک تعرف الوجه فیما ذکره المصنف رحمه اللّه من کون الدعوی مدفوعة: بأن مقتضی المعاملة ذلک، یرید أنه مقتضی الوکالة ذلک. إذ المعاملة إنما تقتضی وجوب دفع الثمن علی من دخل فی کیسه المثمن، و ذلک یقتضی الرجوع الی الأصیل، لکن تقتضی الوکالة ذلک.

(۱) لما فیها من التفویض إلی العامل و بعد المالک عن المعاملة.

(۲) فإنه لو لا جواز الرجوع علی العامل لم یقدم علی المعاملة معه أحد، لما فی ذلک من الخطر العظیم.

(۳)

فی صحیح علی بن رئاب: «قال أبو عبد اللّه (ع): لا ینبغی»

رواه فی الکافی عن عدهٔ من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رئاب، و رواه الشیخ بإسناده عن احمد بن محمد، و رواه الصدوق بإسناده عن ابن محبوب، و رواه الحمیری عن الحسن بن محبوب

«۱». (۴) رواه فی الکافی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب کتاب الشرکهٔ حدیث: ۱

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۶۱

من هذا الخبر کراههٔ مضاربهٔ من لا یؤمن منه فی معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

[التاسعهٔ عشرهٔ: الظاهر صحهٔ المضاربهٔ علی مائهٔ دینار مثلا کلیاً]

التاسعهٔ عشرهٔ: الظاهر صحهٔ المضاربهٔ علی مائهٔ دینار مثلا کلیاً (۱) فلا یشترط کون مال المضاربهٔ عیناً شخصیهٔ، فیجوز إیقاعهما العقد علی کلی ثمَّ تعیینه فی فرد. و القول بالمنع لأن القدر المتیقن العین الخارجی من النقدین. ضعیف (۲).

و أضعف منه احتمال المنع حتی فی الکلی فی المعین، إذ یکفی فی الصحهٔ العمومات (۳).

[متمم العشرین: لو ضاربه علی ألف مثلا فدفع إلیه نصفه فعامل به]

متمم العشرین: لو ضاربه علی ألف مثلا- فدفع إلیه نصفه فعامل به، ثمَّ دفع إلیه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارهٔ أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربهٔ واحدهٔ.

و أما لو ضاربه علی خمسمائهٔ فدفعها إلیه و عامل بها، و فی أثناء التجارهٔ زاده و دفع خمسمائهٔ أخری، فالظاهر عدم جبر خسارهٔ

السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام. و رواه الشیخ بإسناده علی علی بن إبراهیم

«۱». (۱) لا- یخفی أن الکلی إذا لم یکن خارجیاً و لا- ذمیاً لم یقبل أن یکون مملوکاً، فضلا عن أن یکون موضوعاً للمضاربهٔ، لأن المضاربهٔ إنما تکون من المالک.

(۲) هذا غیر ظاهر، لأصالهٔ عدم ترتب المضاربهٔ. و العمومات الدالهٔ علی الصحهٔ قاصرهٔ عن إثبات عنوان المضاربهٔ.

(۳) قد عرفت إشکاله.

---

(۱) الوسائل باب: ۲ من أبواب کتاب الشرکهٔ حدیث: ۲.

مستمسک العروة الوثقی، ج۱۲، ص: ۴۶۲

إحداهما بربح الأخری، لأنهما فی قوهٔ مضاربتین. نعم بعد المزج و التجارهٔ بالمجموع یکونان واحدهٔ (۱).

---

(۱) المزج لا- یستوجب ذلک، کالمزج بمال الغیر. نعم إذا کان دفع الزائد بعنوان مضاربهٔ واحدهٔ فکأنه فسخ الاولی و أنشأ غیرها، فیکون مجموع المال مال مضاربهٔ واحدهٔ. و إذا لم یکن الدفع بهذا العنوان فهما مضاربتان لا یشترکان فی شیء من الجبر و الخسران و

الربح و الفسخ. و اللّه سبحانه ولی التوفیق وَ الْحَمْدُ لِلّهِ رَبِّ الْعالَمِینَ*.

انتهی الکلام فی شرح کتاب المضاربة فی السادس عشر من شهر جمادی الثانیة من السنة الخامسة و الثمانین بعد الالف و الثلاثمائة هجریة.

حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، مؤسسة دار التفسیر، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبِیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلاّمة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آباذی" – "رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة "للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبرازِ المَرافِقِ و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع" ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَة

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق "وفائی/"بنایة"القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّة الحالیّة لهذا المرکز، شَعبیّة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثّقافیّة؛ لهذا فقد ترجّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.